

NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

MARÍA ESPERANZA TORRES GONZÁLEZ

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA DE DERECHO PENAL
BOGOTÁ, D.C.
2014**

NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

MARÍA ESPERANZA TORRES GONZÁLEZ

**Trabajo de Investigación presentado como
Requisito para optar al título de Magister en Derecho penal
Asesor Doctor ALFONSO DAZA GONZÁLEZ**

**Línea de Investigación: Maestría en Derecho
Universidad Libre de Colombia
Facultad de Derecho,
Bogotá, D.C.
2014**

DEDICATORIA

A mi Señora Madre, a mis Hijos y mi nieto Jerónimo, quienes abnegadamente respaldaron mis inquietudes académicas, y a través de sus consejos y apoyo pude concluir el trabajo que hoy presento a consideración de esta institución.

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer la oportunidad otorgada por la Universidad Libre de Colombia, institución educativa que me permitió profundizar mi conocimiento a través de un selecto grupo de profesores con quienes tuve el honor de interactuar en el marco de las discusiones y reflexiones planteadas en torno a las materias del programa. Igualmente hago extensiva mi gratitud al señor director del Departamento del Área de Derecho Penal, doctor Luis Gonzalo Lozano Pacheco, quien como director de tesis, no ahorró esfuerzo para leer, corregir y sugerir el contenido de mi investigación; gracias a su invaluable conocimiento pude fijar y resolver los problemas jurídicos planteados en el presente trabajo.

CONTENIDO

NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

	Pág.
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	8
2. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA.....	8
3. OBJETIVOS	
3.1 Objetivo general.....	9
3.2 Objetivos Específicos.....	10
4. HIPÓTESIS.....	10
5. JUSTIFICACIÓN.....	13
6. MARCO REFERENCIAL.....	14
6.1. Marco teórico.....	15
6.2. Marco Histórico.....	17
6.2.1 Contenido Ley 190 de 1995	17
6.2.2. Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación publica.....	19
7. MARCO CONSTITUCIONAL.....	20
8. ESTADO DEL ARTE.....	22
9. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	27
10. MOTIVACIÓN DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN.....	32
11. EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN FRENTE A:.....	41
11.1 La Exclusión de Beneficios – Subrogados.....	41
11.1.2 Detención y Prisión Domiciliaria.....	43
11.1.3 Interdicción de derechos públicos y funciones públicas.....	45
11.1.4 La Prescripción de la conducta conforme el Nuevo Estatuto Anticorrupción.....	45
12. EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN FRENTE A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	

12.1	BIEN JURÍDICO.....	46
12.1.1	Bien Jurídico Protegido	46
12.1.1	Concurso de Delitos Contra la Administración Pública.....	50
12.2.	El Sujeto Activo.....	50
12.2.1.	Clases.....	50
12.2.1.1	Servidor Público.....	50
12.2.1.2.	Funcionario de hecho.....	53
12.2.1.3.	Particular.....	55
12.3.	Sujeto Pasivo.....	55
12.4.	Que ocurre con los delitos de la administración pública	
	Respecto de la categoría del interviniente, sujeto calificado.....	56
12.4.1.	El Interviniente.....	56
	La Ubicación del interviniente en los delitos que protegen	
	el bien de la Administración pública.....	57
12.4.2.	La Coparticipación en los Delitos contra la Administración.....	58
13.	CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS.....	60
13.1	Conceptos Doctrinales y Elementos Normativos.....	61
13.2	Definición Normativa del Contrato Estatal.....	62
13.3	Marco Legal Del Tipo Penal	
	“Celebración Indebida de Contratos”.....	63
13.5.	Barrido Jurisprudencial.....	66
14.	Conductas que conforman el Capítulo Cuarto:	
	“De la Celebración Indebida de Contratos”.....	68
14.1.	Violación del Régimen Legal o Constitucional De Inhabilidades	
	E Incompatibilidades.....	68
14.1.2.	Conducta.....	68
14.1.3.	Objeto jurídico.....	69
14.1.4.	Elementos normativos.....	69
14.2	Interés Indebido en la Celebración De Contratos.....	69
14.2.1.	Conducta.....	69
14.2.2	Objeto jurídico.....	70

14.2.3.	Elementos normativos.....	70
14.3	Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales.....	70
14.3.1.	Conducta.....	70
14.3.2.	Objeto jurídico.....	71
14.3.3.	Elementos normativos.....	71
14.4	Acuerdos Restrictivos de la Competencia.....	71
14.4.1	Conducta.....	71
14.4.2.	Objeto jurídico.....	72
14.4.3.	Elementos normativos.....	72
15.	Nuevas Conductas Penales Implementadas En El Estatuto Anticorrupción Para La Lucha Contra La Corrupción En La Contratación Administrativa.....	72
15.1.	Art. 82. Responsabilidad de los interventores. Modifica El artículo 53 de la ley 80 de 1993.....	72
16.	Consecuencias penales, administrativas, disciplinarias y fiscales de los transgresores de las conductas punibles relacionadas con la administración pública.	
17.	Fuentes internacionales que velan porque los estados partes Mantengan políticas de prevención de la corrupción.....	73
18.	CONCLUSIONES.....	78
19.	MI APOORTE	79
20.	BIBLIOGRAFÍA.....	86

NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Resulta suficiente el Estatuto Anticorrupción y los mecanismos jurídicos novedosos en él incluidos, para prevenir y sancionar eficazmente el problema de la corrupción, frente a la contratación Estatal?

2. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA (Metodología)

Para el abordaje de este tema, realizaremos un examen de los antecedentes históricos, socio-jurídicos y jurisprudenciales de la ley 1474 de 2011; en este trabajo se recopilara la información necesaria para elaborar unas conclusiones adecuadas a los objetivos y la hipótesis de trabajo a partir de un enfoque descriptivo de la información proveniente de fuentes primarias (exposición de motivos de la Ley) y secundarias (Estudios académicos, reseñas periodísticas y decisiones jurisprudenciales).

Destacaremos, a partir de un enfoque deductivo, las consecuencias de la eventual aplicación de la Ley 1474 de 2011 tal y como fue expedida en relación con la vigencia de preceptos superiores, como el consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

En especial abordaremos los delitos contra la administración pública y en particular los que consagra el Capítulo Cuarto del Título XV de la Ley 599 del

2000 “De la Celebración Indebida de Contratos”, donde se ha focalizado este flagelo.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo General

Determinar si son suficientes las legislaciones que cada gobierno promulga, como en este caso el Estatuto Anticorrupción, con aumento de penas y restricción de derechos, para combatir la corrupción, o se hace necesario erradicar la cultura corrupta en la que se desenvuelve nuestra comunidad, previéndose como primer paso, el adoptar un sentido de pertenecía que nos obligue a denunciar todos los casos, de los que tengamos conocimiento, pues existen las normas para combatir el flagelo pero, muchas veces se desconocen y en otras oportunidades se ha creado una cultura en tal sentido y en todas las escalas, que se torna natural y un modos vivendi de nuestra sociedad.

Lo que buscamos al desarrollar este tema es poder definir si las diferentes normas que se han emitido en la legislación colombiana, han servido de herramienta eficaz para combatir la corrupción a nivel público y privado, o se deben realizar mayores trabajos de campo, iniciando por los colegios, foros, publicaciones continuas y permanentes que resalten el daño que se causa y el estancamiento que un país sufre, como consecuencia de la corrupción. En el cumplimiento de este objetivo juega sin duda un papel muy importante, los medios de comunicación y las redes sociales. Por otra parte, intentar con un estudio socio jurídico, demostrar que, el aumento de las penas y la restricción de derechos como el de la igualdad en sus actores, no ha sido la mejor estrategia, ni ha llevado a la disminución y combate de dicho flagelo, por el contrario estas vulneraciones que contravienen las normas superiores solo han reflejado la debilidad de un Estado que conjuga sus problemas con normas restrictivas y

limitadoras, persistiendo así, la necesidad de crear una efectiva política criminal que permita establecer las causas y dar las respuestas a este fenómeno.

3.2 Objetivo Específico

3.2.1. El primer objetivo específico está en examinar desde la perspectiva del Derecho Penal positivo, qué instituciones desde la teoría del delito y el proceso penal contemporáneo, se modificaron en el Estatuto Anticorrupción.

3.2.2. El segundo objetivo específico será analizar la relación entre la reforma jurídico penal del Estatuto Anticorrupción frente a otros instrumentos jurídicos que en igual sentido permiten prevenir y sancionar la corrupción estatal en conductas como la Contratación Estatal.

4. HIPOTESIS

- ¿Existe una verdadera política criminal, encaminada a establecer las causas que han generado el desborde de este fenómeno en la administración pública y especialmente en la Contratación Estatal?
- ¿La restricción de derechos, el aumento de penas y de términos de prescripción que se incluyeron en el nuevo estatuto de anticorrupción, para las conductas que atentan contra el bien jurídico de la administración pública han sido suficientes para controlar y erradicar este fenómeno?
- ¿Se han generado políticas de prevención, suficientes tendientes a la disminución en la comisión de actos de corrupción?

- ¿Los mecanismos de control que cada institución ha creado para controlar la corrupción en la contratación pública, han sido suficientes y eficaces al momento de ejecutar estas acciones?

Sancionado el Estatuto Anticorrupción o la Ley 1474 de 2011, que contiene normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, al igual que las normas anteriores, se puede hasta ahora extraer que, cada gobierno tiene sus prioridades, las que también resultan de las urgencias sociales del momento. A sí, La prioridad casi exclusiva de la administración Uribe consistió en adelantar la guerra contra las FARC. La del gobierno Santos, quien al inicio, se enmarco en buscar medios jurídicos para erradicar la corrupción, cuyos niveles alarmantes, tanto en el sector público como en el privado, han sido puestos de presentados por él mismo, intentando liderar y coordinar investigaciones exitosas, con la cooperación de equipos de investigación estatal y el apoyo de todos los organismos de control. Como en el caso de la salud y en general con la contratación pública. Propósitos que como en la mayoría de nuestros dirigentes quedan fijados en un programa, dados a conocer en sus publicaciones ministeriales y una vez se inicie una nueva campaña, doblegados a sus seguidores.

Pero finalmente a la hipótesis planteada, daremos nuestro concepto con base en la realidad nacional y en ese sentido, podemos concluir que, en Colombia no se trata de emitir normas, sino de cambiar idiosincrasias difíciles de erradicar, que han fundado supuestos de hecho fortalecidos en la mente de la comunidad, para que no sea objetada de manera inminente la corrupción en todos sus campos, sino que, en la mayoría de las veces, la hacen ver como una realidad propia de los sistemas, que algunos escritores han denominado **“la fuerza fáctica de lo normativo”** es decir, creer que las disposiciones legales logren el efecto mágico de modificar situaciones, tendencias o costumbres arraigadas en una sociedad.

Pero si de normas se trata, Colombia sería la sociedad perfecta, porque si algo tenemos es normas: las hay de todas las naturalezas, los tiempos, contenidos y grados, y conforman un tupido bosque desconocido en su integridad, inclusive por los más estudiosos abogados. Sin embargo y por paradoja, en el interior de ese laberinto saben moverse a la perfección, ocultarse y escabullirse, los más hábiles transgresores de la ley. Aquí en Colombia es vigente el adagio a norma proclamada, trampa creada, para poder burlar o evadirla.

Estimo, por el contrario, que el problema de la corrupción, como muchos otros que nos afectan – los grupos al margen de la ley – guerrilla y los grupos paramilitares de extrema derecha, por ejemplo- no es un problema que se combate con normas, sino con políticas Estatales, empero las instituciones están en cabeza de personas que tienen en su mente, como único fin, satisfacer su propio beneficio. Estas “fallas humanas”, y no “fallas técnicas”, son las que ocasionan nuestras grandes tragedias como consecuencia de Estados en los que las políticas sociales se quedan en el texto formal de una Constitución, en el que no se generan, ni se ejecutan verdaderas políticas, que permitan que aquellos derechos de segunda y tercera generación tengan un desarrollo eficaz, que brinden satisfacción al destinatario. Si no que a falta de operatividad, se amparan en el derecho penal, para disimular su ineficacia.

Ahora bien, en materia de estatutos anticorrupción, se han expedido varias normas tendientes a combatir este flagelo, estas son:

- sistemas normativos como los decretos leyes 150 de 1976, 222 de 1983,
- la Ley 80 de 1993 y sus reformas, sobre licitaciones, subastas y requisitos para la celebración de contratos. – ley 99 de 1993, ley 161 de 1994, ley 182 de 1995, ley 454 de 1998, ley 789 de 2002, ley 828 de 2003, ley 1150 de 2007, que deroga varios artículos de la ley 80 de 1993 y el artículo 50 de la ley 789 de 2002.
- la Ley 190 de 1994, impulsada por el ex presidente Samper, y los decretos que la desarrollaron,

- El Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), también destinado en buena parte a castigar a los corruptos.

Pero nada de esto ha desanimado a los sujetos activos de estas conductas, ni ha disminuido la inclinación de muchos colombianos a la trampa como medio para enriquecerse.

No obstante existen medios de combate a este flagelo: Los organismos de control con deficiencias manifiestas, pues en muchas ocasiones ha dado mayor efectividad, los medios de comunicación independientes y las redes sociales, donde se han generado espacios, que los corruptos no pueden acallar y han servido para presionar y dar a conocer redes delincuenciales que en los diferentes campos se han apoderado del erario público para su exclusivo provecho.

5. JUSTIFICACIÓN

El tema escogido y dirigido como trabajo de grado, es de gran importancia y actualidad, en países como el nuestro, donde la corrupción es uno de los fenómenos más lesivos, del cual se ha visto afectado como la mayoría de los estados modernos, pues a través del mismo, se vulnera los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales, se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo.

Sin embargo, en el Barómetro Mundial de la Corrupción del año 2009 de Transparencia Internacional, Colombia ocupó el puesto 78 entre 184 países, y en año 2013, ocupó el puesto 76, situación que demuestra claramente que pese a que se han emitido normas, realizado esfuerzos importantes para la reducción de este flagelo, los mismos no han sido suficientes, pues, mientras no se haga una

verdadera política criminal enfocada al estudio de las causas externas e internas que lo generan y una respuesta que integre una verdadera política laboral, social, cultural y educativa, aplicada en primer lugar al servidor público, no se verán resultados positivos; pues buscar combatir este fenómeno, con métodos represivos y de restricción de derechos, llevan cada día más a que se creen métodos más avanzados, a que se organicen en bandas criminales, que se están focalizando, y orientado en unos sectores específicos, diseñando políticas públicas acomodadas y disimuladas ante la vista pública y la ley.

Es importante resaltar que las medidas hasta ahora adoptadas en nuestro país para la lucha contra la corrupción, en sectores como la Contratación Estatal, han desarrollado experiencias con resultados poco satisfactorios, tratándose este, de un fenómeno dinámico, cuyas manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir.

Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y por ello la presente ley es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno Nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción, lo cual ha permitido la elaboración de medidas administrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que desarrollan una política integral del Estado, en contra de este fenómeno.

Por las consideraciones expuestas, el presente trabajo quiere hacer un análisis objetivo de la realidad nacional frente a este flagelo y los fenómenos endógenos y exógenos que lo generan y mantienen, a pesar de las diferentes leyes que se han emitido para combatirlo y /o exterminarlo.

6. MARCO REFERENCIAL

6.1 MARCO TEORICO

Los criterios que se manejan en el contexto de la investigación, buscan establecer, si el compendio de leyes y los medios y mecanismos hasta ahora creados, han servido o han sido suficientes para erradicar la corrupción en Colombia, o si, necesitan introducir nuevas disposiciones, medios y mecanismos, que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente.

El ejercicio de la función pública, en un Estado de Derecho, está sometido a los principios de legalidad, eficiencia y moralidad, los cuales se protegen legalmente por medio de un conjunto de tipificaciones penales que sancionan conductas de los funcionarios públicos que los violan o amenazan, tales como la apropiación, uso indebido y aplicación oficial diferente de los bienes del Estado, abuso del cargo público, expedición de acto arbitrario o injusto, aceptación de dinero u otra utilidad para retardar, omitir o realizar acto contrario a la ley o para ejecutarlo de acuerdo con ella, intervenir en el trámite o celebración de un contrato estatal que viole el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o que no cumpla con los requisitos legales esenciales, o que se celebre con interés ilícito por parte del servidor público, expedir resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, omitir o retardar acto propio de las funciones, entre otros.

La aplicación aislada de la estrategia represiva contra la corrupción (tipificaciones penales de conductas consideradas atentatorias, aumento de penas, exclusión de beneficios procesales, etc.) puede no ser eficaz para el control del fenómeno, se ha llegado a afirmar que la severidad en el tratamiento penal de las conductas atentatorias o lesivas de la administración pública, lo único que contribuye es al encarecimiento de la corrupción.

No obstante el régimen penal de las mencionadas conductas, dentro de los grados de punibilidad que intermitentemente adopte el legislador, es elemento esencial de cualquier Estado de Derecho; la represión al servidor público o al particular que atente contra este interés jurídico, es connatural a cualquier sistema jurídico democrático, como mecanismo garantizador, para la ciudadanía, de la buena marcha y del respeto por los principios rectores de la actividad estatal y como mecanismo de autoprotección jurídico-positiva de la propia organización política.

Aparte de lo anterior, es innegable que la severidad en las penas con lo que se busca una forma de prevención general y especial, termina presentándose como amenaza general para la colectividad entera y en últimas para los potenciales agentes de estos delitos; se busca a través de ello, protección respecto del imperio del derecho, de la organización jurídica estatal y de los derechos de todos los coasociados, pero la realidad nos ha demostrado que los aumentos de las penas y la restricción a los derechos como la libertad, en nada han contribuido a la minimización de este flagelo.

Otro aspecto importante es la presentación bilateral del soborno. La tipificación legal del soborno, que en la legislación vigente se tipifica de cohecho, en sus modalidades de propio, impropio, no retributivo o por dar u ofrecer, se verifica mediante el diseño de tipos penales bilaterales, por cuanto los sujetos que intervienen en la acción son simultáneamente sujetos activos de sendas infracciones.

Así, el funcionario que recibe o acepta la dádiva compensatoria, puede realizar las conductas descritas en los artículos 405 o 406 del C. P., mientras que quien la da u ofrece adecuará simultáneamente su conducta al tipo previsto en el artículo 407 de la C. P.

La bilateralidad genera necesariamente que los agentes procuren conjuntamente el ocultamiento de la infracción, propiciando la impunidad. En esta forma se ha

recomendado como estrategia normativa, que la legislación comprenda como apartado especial y de gran importancia en el régimen de los delitos contra la administración, medidas que eviten y combatan la relación entre corruptor y corrupto, pues en los tipos bilaterales de conducta correlativa, ambas partes quedan comprometidas ante la ley penal.

Para procurar dicha ruptura se han planteado diversas posibilidades, tales como la exoneración del particular, presumiéndolo víctima, o la consagración de mecanismos de favorabilidad para quien habiendo actuado como sujeto activo de un delito bilateral lo denuncia primero, bajo ciertas circunstancias y requisitos, solución, que en su momento adoptó la ley 190 de 1995 y desarrollo la ley 906 de 2004, a través de figuras como el principio de oportunidad.

Consecuencialmente tipos penales como la celebración indebida de contratos siguen merodeando a la administración pública, y aunque se expidan normas especiales para su regulación, observamos a diario como los servidores públicos que en uso de sus funciones tienen acceso a los mismos, buscan la forma de favorecerse obteniendo el provecho económico a favor suyo o de terceros, que en la mayoría de los casos han brindado ayuda para acceder a los cargos que ostenta.

6.2. MARCO HISTÓRICO:

6.2.1. Contenido De La Ley 190 De 1995.

El 06 de junio de 1995 se emitió esta ley, como primer marco normativo para combatir la corrupción de los servidores públicos Estatuto que reguló el control administrativo sobre la actividad, rentas y bienes de los servidores públicos, sobre las actividades financieras y comerciales que consideran más vulnerables al fomento o realización de prácticas corruptas, sobre la actividad y manejo económico de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, e instituyó mecanismos

de racionalización y tecnificación en la tarea de las entidades públicas.

Así mismo, fomentó instituciones de control social sobre la actividad del Estado, modificó algunos de los tipos penales descritos en el capítulo tercero la parte especial del Código Penal de 1980 (modificaciones que quedaron derogadas por la ley 599 de 2000) y algunas normas de procedimiento solidario y penal relativas al tema, que a su vez han sido absorbidas por las leyes 734 de 2002 y 906 de 2004, respectivamente.

De esta manera, entre las modificaciones y derogatorias que ha padecido esta ley se encuentran, las leyes 443 de 1998, 617 de 2000 y 1121 de 2006; sin embargo, este cuerpo normativo con las adiciones introducidas a escala legislativa y reglamentaria, constituye un primer intento para desarrollar una estrategia normativa integral, contra la corrupción.

Lo anterior permite observar que acudiendo exclusivamente al recurso normativo, es imposible alcanzar resultados exitosos en la lucha contra cualquier forma de corrupción, así los mecanismos de control social, han quedado relegados pues la norma exige, en este campo toda una labor de pedagogía y cambio de medidas o soportes sociales de comportamiento, aspectos que requieren años de labor, luego de los cuales podría observarse una real modificación comportamental.

Dentro de los principales elementos contenidos en el Estatuto se presentan los siguientes:

Régimen de los servidores públicos: nuevos controles y requisitos en el reclutamiento de los servidores públicos. En el orden nacional de la administración pública, se crea el Sistema Único de Información de Personal en el Departamento Administrativo de la Función Pública, encargado de sistematizar, acopiar, actualizar y suministrar, de acuerdo con la ley y el reglamento, toda la información de las personas que aspiren a ser o sean servidores públicos o

contratistas del Estado bajo contrato de prestación de servicios (Art. 2°, modificado por el artículo 81 de la ley 443 de 1998).

6.2.2. Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación Pública

La presente Ley tuvo por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. Ha sido reglamentada por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010

Ante la ineficacia de estas normas para combatir el flagelo de la corrupción, se dio paso al estudio de la ley 1474 de 2011

El Estatuto Anticorrupción (ley 1474), modifica el Estatuto General de Contratación Pública (L. 80/93 y L. 1150/07); el Código Único Disciplinario (L. 734/02); el Código Penal (L. 599/00); el Código de Procedimiento Penal (L. 906/04); el Estatuto de Control Interno de las Entidades Públicas (L. 87/93); la Ley de Acción de Repetición (L. 678/01); el Régimen de la Administración Pública (L. 489/98); la Ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de contador público, y la reciente reforma a la salud (L. 1438/11).

Con la expedición de la ley 1494 de 2011 ha quedado integrado un cuerpo normativo que desarrolla, para el medio Colombiano la llamada, “estrategia normativa”, que pretende atacar los focos centrales del flagelo. Esta normatividad, general y especial, queda conformada por la precitada ley, las normas que permanecen vigentes del primer estatuto anticorrupción - ley 190 de 1995 -, la normatividad reglamentaria directa y los instrumentos internacionales adoptados por Colombia sobre la materia: Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante la Ley 1412 de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 970 de 2005

7. MARCO CONSTITUCIONAL

Nuestra Carta Magna ha indicado que se debe determinar de manera legal cual es la responsabilidad de los servidores públicos y como se debe hacer efectiva. Y en el marco de su contenido, fijo cuando y como son responsables los servidores públicos:

Artículo 6: LOS PARTICULARES: Sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los Servidores Públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La naturaleza misma de los efectos que el mandato Constitucional estatuye para las diferente hipótesis en ella regulada, impide cualquier relación entre aquellos y la apreciación de situaciones individuales de orden subjetivo, ya que, lo que se busca es impedir la contratación, o evitar su continuidad por razones institucionales fundadas en principios de la carta política que inspiran la gestión administrativa.

Uno de tales postulados es precisamente el de la igualdad, que se preserva adecuadamente, al proscribir la contratación con personas que, dada ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8º de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 4º de la ley 1474 de 2011, que establece su relación con el Estado, sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 de la Ley Fundamental.

Para lo cual se fijaron prohibiciones y se ampliaron las inhabilidades así:

ARTICULO 122 de la Carta Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. “ Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de

elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.

ARTICULO 124: *“La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.*

ARTICULO 126. *“Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación”.*

“Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos”.

ARTICULO 127. *“Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”.*

Inciso modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 2 de 2004:

“A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar

parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución”.

A nivel de la Constitución Nacional encontramos ejemplos genéricos de inhabilidades en el artículo 127, por razón del cual

“los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos”.

La carta Política contempla algunos casos de inhabilidades, pero por referencia específica a los Congresistas, respecto de los cuales, en el artículo 180, llega a disponer que no podrán gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las Entidades Públicas o ante personas que administren tributo, ser apoderado ante las mismas, celebrar con ellas, por si o por interpuesta persona, contrato alguno; ni pueden celebrar contratos o realizar con personas naturales o jurídicas de Derecho Privado que administren, maneje o invierta fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este.

8. ESTADO DEL ARTE

Por ahora no se ha escrito ningún texto, sobre la promulgación y ejecución de la ley 1474 de 2011, los procesos que están en trámite de gran connotación como el Agroingreso Seguro y el Carrusel de Contratación en el Distrito Capital de Bogotá, los hechos del primero, se configuraron previo a la promulgación de esta ley, luego su juzgamiento se está haciendo con base en las normas vigentes a la época de su ocurrencia Ley 600 de 2000. Y en lo atinente al carrusel de la contratación pública en el Distrito Capital, hemos podido observar que figuras

como el principio de oportunidad han permitido la eficacia en el curso de la investigación y tener a sus sujetos activos privados de la libertad, en espera de las condenas que en efecto habrán de aplicárseles. Igualmente en lo referente a la salud, se crearon nuevas conductas, pero su eficacia ha sido tardía, para impedir el sacrificio diario de usuarios y el rebosamiento del sistema.

Empero si observamos que la denominada corrupción administrativa es un fenómeno tan antiguo como el más primitivo de los sistemas de organización estatal; se afirma que no hay gobierno ajeno a ella, sin interesar el modelo de estructura política y económica asumida.

De esta manera, la corrupción administrativa, perversión generalizada en el Estado contemporáneo, ha sido considerada como una de las amenazas más graves contra la estructura y esencia del Estado de derecho, unida a la amenaza del totalitarismo, la violencia subversiva y la delincuencia organizada.

En el país, los índices de corrupción en el sector público han alcanzado dimensiones que lindan con lo que la doctrina ha dado en llamar "hipercorrupción", "corrupción galopante" o generalizada, ya que el flagelo ha invadido todos los ámbitos de la vida social, alcanzando actividades antes impensables, como la salud, educación, la Dian, el periodismo, el ejercicio de la medicina o el desempeño artístico, la contratación en la Fuerza Pública y Militar, elementos destacados en los escándalos públicos de los últimos cuatro años.

La sociedad contemporánea está marcada por la denominada cultura de la corrupción, cuyos síntomas más claros son la resignación social y política ante el problema, la costumbre generalizada de la ganancia fácil, la desconfianza ciudadana en la autoridad, altos márgenes de impunidad, descrédito de la capacidad investigadora del Estado y sobrevaloración social de quienes, desde la actividad pública o privada, logran la riqueza rápida y ostentosa; así, características como la honestidad y transparencia, equivalen a tontería. El

soborno en todas sus modalidades se lo considera como un "costo adicional" para los contratistas del Estado, las contribuciones o apoyos económicos a las campañas electorales, son anticipo del pago de futuros sobornos, y es común el apoyo electoral y social a políticos y dirigentes reconocidamente corruptos.

En este sentido es plenamente válida la expresión: "si algo amenaza los liderazgos de ayer, es el imperativo de la moral" y se puede concluir que "la corrupción no es causa, sino síntoma de una enfermedad mayor: la crisis de valores".

De este modo, la violencia en todas sus manifestaciones – delincuencia organizada, delincuencia común, grupos de extrema derecha, subversión, - y la corrupción en los sectores públicos y privados, se han convertido en verdaderas amenazas contra la estabilidad del sistema de organización política imperante o, por lo menos, están afectando gravemente toda la actividad del Estado Colombiano.

Para que el sistema democrático se desarrolle y permanezca, es necesario que en su interior se combatan las cifras tolerables de corrupción administrativa, pues ésta socava sus fundamentos, impide su evolución normal y obstaculiza el cumplimiento de todas sus finalidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la corrupción administrativa se la define como "acción y efecto de corromper o corromperse", "echar a perder", degradar, depravar; el sinónimo que primero sugieren los diccionarios es el de, putrefacción, expresiones que sin duda plasman cabalmente la inmensa variedad de acciones y comportamientos que degradan el ser y el actuar de los órganos e instituciones estatales, siendo algunas de las causas de la corrupción administrativas las que se profundizan a continuación.

Como Causas de la corrupción administrativa, se pueden definir las socio-culturales, en las que se citan las costumbres arraigadas en la comunidad, que

atentan contra principios, éticos y normativos, de carácter objetivo, que salvaguardan el adecuado cumplimiento de los fines de la organización estatal; son fenómenos de mentalidad social, resultado de anteriores prácticas de corrupción que se constituyen en causas de sus posteriores desarrollos. El uso generalizado de la influencia, el seguimiento de la “ley del menor esfuerzo”, la excusa en los demás ante las falencias propias, se convierten en arquetipos socio-culturales capaces de generar corrupción en todos los órdenes, pero especialmente en el sector estatal; la escala de valores se trastoca y la cultura de la riqueza fácil se impone.

Igualmente, la estructura centralizada de los diferentes órganos e instituciones del Estado, los modos de actuación paquidérmicos, los procedimientos obsoletos, la falta de mecanismos técnicos de planeación, impiden la transparencia, eficacia, eficiencia y objetividad de la actividad estatal y, unidos a la prevalencia desmesurada de la rama ejecutiva dentro de la organización del poder, generan corrupción.

Así mismo, la tramitología hace que los procedimientos ante las entidades estatales incrementen las oportunidades del funcionario corrupto, crean obstáculos burocráticos generando la acción lenta del Estado, proliferación de despachos y oficinas por los cuales debe pasar el particular si desea obtener la resolución en un determinado asunto; abundan los requisitos formales, las autenticaciones, refrendaciones, aprobaciones, revisiones que impiden la adecuada relación Estado-particular.

De esta forma se tiene que determinadas instituciones jurídicas aumentan los mecanismos represivos utilizados a ultranza, encarecen o valorizan las prácticas corruptas, refinan los procedimientos y fomentan, cadenas de corrupción. Igualmente, los controles e intervenciones estatales exagerados e innecesarios y los procedimientos discrecionales, facilitan el ejercicio arbitrario de la función pública y se convierten en terreno fértil para el funcionario corrupto.

Además, las falencias estructurales en los mecanismos de reclutamiento de los servidores del Estado, su deficiente formación profesional y la consecuente baja remuneración, se mencionan como causas para la proliferación de los delitos administrativos.

A lo anterior se suman, fenómenos sociales como la tenencia del poder económico de los grupos privados, el monopolio en sectores industriales, comerciales y financieros, así como las situaciones de concentración de la riqueza, también son fuentes casi incontrolables de corrupción.

Por último, fue el narcotráfico, luego los grupos al margen de la ley como Paramilitares y/ Autodefensas que permearon la política, en especial la Rama Legislativa, para acomodar leyes a su conveniencia y en general, una serie de actividades de tráfico económico que producen ganancias a quienes las practican, lo cual genera poder para acceder a la autoridad mediante el soborno y compra del funcionario público.

Algunos costos generados por asumir comportamientos de corrupción son: la falta de credibilidad en las autoridades públicas, en la administración de justicia, en las Fuerzas Armadas y la Policía, fomentando el rechazo directo a las instituciones legítimamente constituidas.

También, se genera concentración de poder; cuando el funcionario corrupto adquiere la suficiente capacidad económica para perpetuarse, controlando sectores completos de la actividad estatal, pues con ello aumenta las posibilidades de impunidad.

Igualmente, las prácticas corruptas producen distorsiones en el mercado que afectan el desarrollo económico; el clientelismo político o la búsqueda del beneficio particular en la asignación de los recursos públicos, ocasionan consecuencias negativas que afectan el proceso económico, pues absorbe gran

porcentaje de la inversión pública, de la misma manera, el aumento en los costos en la contratación administrativa y la mala calidad en los servicios y obras contratadas, producen distorsiones fiscales, que sin duda han retrasado por décadas, el desarrollo de la infraestructura económica del país.

Así, la degradación moral de la sociedad, la tergiversación de principios y la pérdida del respeto por valores como la honestidad, la lealtad y la sinceridad del servidor público, son consecuencias del problema aquí tratado.

9. EXPOSICION DE MOTIVOS

Contenido de la ley: Al sancionar la Ley 1474 se enunciaron los cinco elementos básicos de su estrategia frente a la corrupción:

- 1) Aplicación efectiva de las normas
- 2) Actuación preventiva.
- 3) Colaboración ciudadana.
- 4) Cultura de la legalidad.
- 5) Coordinación de los esfuerzos.

La posición que se busca a través de este contenido legal, adoptemos los colombianos, es la de no tolerar la corrupción, ni tolerar al corrupto. No convivimos con la trampa, ni celebremos la astucia del que tuerce la ley para salirse con la suya. No sentirnos bien si usamos la mentira o el engaño para aprovecharnos de los demás.

En este sentido la intención del Estatuto es, entonces, loable, y los objetivos están claros, pero veamos su contenido y tratemos de medir sus posibilidades de eficacia, dados en los elementos normativos básicos, como:

1) Inhabilidad para contratar con el Estado, cuando la persona natural o jurídica haya sido declarada responsable por la comisión de delitos contra la administración pública.

2) Inhabilidad para contratar con el Estado cuando se trate de personas que financiaron campañas políticas.

3) Prohibición a los ex servidores públicos de prestar servicios, asesorías o apoyo, o de ser contratados en asuntos relacionados con las funciones que tenían a su cargo.

4) Inhabilidad de ex empleados públicos para contratar directa o indirectamente con el Estado, por un término de dos años contados desde el retiro, cuando el objeto del contrato tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

5) Prohibición a los contratistas de celebrar contratos de interventoría con las entidades con las cuales contrataron.

6) Competencia para incoar la acción de repetición del Ministerio de Justicia y del Derecho.

7) Responsabilidad de los Revisores Fiscales.

8) Eliminación del secreto profesional respecto de actos de corrupción. Así lo dispone el nuevo Estatuto al afirmar (artículo 7): “En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional”.

Pese a su buena intención, en mi concepto esta norma es inconstitucional. Desconoce abiertamente el artículo 74 de la Carta, que perentoriamente dispone: “El secreto profesional es inviolable”.

9) Los artículos 11 y siguientes de la Ley establecen que las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud estarán

obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que se generen fraudes en el sistema de seguridad social en salud.

10) Ninguna entidad prestadora de servicios de salud, en cualquiera de sus modalidades, incluidas las cooperativas, podrá hacer donaciones a campañas políticas o actividades que no tenga relación con el servicio.

11) Se crea el “Sistema Preventivo de Prácticas Riesgosas Financieras y de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, que permita la identificación oportuna, el registro y seguimiento de conductas que pongan en riesgo los recursos del sector, el cual –recordémoslo– está protegido constitucionalmente en cuanto hay derechos fundamentales de por medio.

12) Exclusión de beneficios y subrogados penales en casos de condenas por corrupción.

13) Ampliación del término de prescripción de la acción penal.

14) Nuevas circunstancias de agravación de la pena.

15) Creación del delito de corrupción privada.

16) Se establece una nueva figura delictiva denominada “Administración desleal”, respecto de sociedades privadas

17) Se penalizan con mayor rigor conductas como el uso indebido de información privilegiada, la especulación con medicinas y dispositivos médicos, el agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos, la evasión fiscal, el peculado por aplicación oficial diferente y el peculado culposo frente a los recursos de la seguridad social.

18) Se estipula el delito denominado “fraude de subvenciones”, que nos trae a la memoria el escándalo de Agro Ingreso Seguro, en el cual figuras como “el principio de oportunidad” han servido para darle una dirección clara sobre sus autores, ya penalizados, unos ya juzgados y los otros en proceso.

19) Se penalizan los acuerdos restrictivos de competencia, que en realidad corresponden muchas veces a verdaderas modalidades del concierto para delinquir. La mayoría de los delitos en que la corrupción administrativa este presente, son pre acordados y pre negociados para obtener con mayor certeza el objetivo ilícito

20) Sobre el “tráfico de influencias de particular” se prevé: “El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

21) Se agravan las penas para el enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional, el soborno y el soborno en actuación penal, respecto de las que hoy consagra el Código Penal (Ley 599 de 2000).

22) Las personas jurídicas quedan sujetas a un riguroso control en cuanto estimulen o puedan resultar beneficiadas por actos de corrupción.

23) Además de lo anterior, las entidades estatales perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en un delito contra la administración pública o contra el patrimonio público.

24) La Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas cuando con el consentimiento del representante legal o de alguno de los administradores de una persona jurídica o con la tolerancia de los mismos, ella haya participado en la comisión del ilícito.

25) En los procesos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos respecto de los cuales proceda la detención preventiva, se duplican los términos cuando sean tres o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

26) En estos mismos procesos será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce.

27) Se restringe la posibilidad de la detención domiciliaria cuando se trata de ciertos delitos.

28) Se otorgan nuevas atribuciones en materia disciplinaria al Procurador General de la Nación y se amplían los términos para la actividad de control disciplinario.

29) Los asesores y consultores externos de las entidades públicas responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades.

30) En materia de anticipos se consagra la regla siguiente: en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que ellos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato, salvo que este sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

31) Se extiende el sistema de procesos verbales, hoy aplicado en la Procuraduría, a la Contraloría General.

32) La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria.

33) La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

34) Se crea la Comisión Nacional para la Moralización, bajo la dirección del presidente de la República.

35) En cada departamento, además, se instalará una Comisión Regional de Moralización encargada de poner en marcha los lineamientos de la Comisión Nacional y de coordinar las respectivas acciones de los órganos de prevención, investigación y sanción de la corrupción.

10. MOTIVACIÓN DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Dentro de las causales que motivaron la creación del Estatuto, se encuentran:

1. El crecimiento incontrolable y desaforado de este flagelo.
2. La adopción de estrategias contra este fenómeno: para enfrentar la corrupción es necesario instituir diversas estrategias que ataquen a un mismo tiempo las causas y los efectos del problema; así, se habla de mecanismos preventivos y represivos, respectivamente; en ambos casos, se considera que la elaboración de regulaciones cuyo fin específico sea la lucha contra la corrupción dentro del Estado, debe ser el comienzo para el ataque eficaz del problema, pues los servidores públicos, los diferentes estamentos gubernamentales, la clase política, las Fuerzas Armadas y la administración de justicia, se han identificado como los sectores más propensos a corromperse.

Como las normas que hasta el año 2011 se habían emitido para combatir la corrupción no habían dado los resultados requeridos, hubo la imperiosa necesidad por parte del actual gobierno de presentar proyecto de ley tendiente a dictar normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación, sanción de actos de corrupción y efectividad del control de la gestión pública, creando medidas administrativas para la lucha contra la corrupción. La administración pública es el ámbito natural para el cual se adoptaran medidas de

lucha contra la corrupción; consagrando una serie de mecanismos administrativos tendientes a reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado.

La puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura por parte de miembros del Estado de personas que habiendo laborado en la administración pública, utiliza sus influencias para actuar ante la misma.

En este sentido, el artículo 3º de la ley 1474 de 2011, señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4º consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

En segundo lugar, se ha identificado la necesidad de establecer medidas para impedir las conexiones ilegales entre los particulares y la administración pública a través de la financiación ilegal de las campañas políticas. Para este efecto, se prohíbe que quienes financien campañas electorales se beneficien de contratos públicos.

En tercer lugar, se ha logrado establecer que es necesario fortalecer la acción de repetición, para lo cual se permite que el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia pueda iniciar la acción de repetición frente a cualquier entidad ya sea nacional, departamental o municipal.

En cuarto lugar, se quiere evitar la complicidad entre los sujetos que tienen que realizar tareas de inspección y vigilancia y sus supervisados, tales como los encargados de control interno y los revisores fiscales.

En este sentido, se toman medidas para evitar que los revisores fiscales sean cómplices de delitos de corrupción, levantando el secreto profesional en esta materia y estableciendo como causal de pérdida de su tarjeta profesional el no denunciar actos de corrupción.

Frente a los encargados del control interno en las entidades públicas se modifica la forma de elección de los mismos, quienes deberán ser nombrados por el Presidente de la República y tendrán que reportar a la Presidencia directamente las posibles irregularidades que encuentren.

En quinto lugar, se establece una regulación para la vigilancia especial de los recursos de las personas políticamente expuestas. En este sentido, la recomendación sexta de la GAFI, impone el deber de monitorear permanente y exhaustivamente las relaciones comerciales llevadas a cabo con personas que se encuentren en la situación prevista, obligación que en la actualidad es cumplida sólo por algunas instituciones bancarias, siendo necesario regularlo para todas las instituciones del sector financiero, pues es fundamental para la lucha contra la corrupción.

Al respecto, la ley define las personas que se consideran políticamente expuestas, tomando como base la definición de servidor público contemplada en la Constitución Política, tal como se hace en otras legislaciones. En cuanto a la vigilancia de las personas políticamente expuestas, se establece el deber de las entidades financieras de implementar medidas destinadas a identificar si el cliente se encuentra en esta condición, así como tomar medidas razonables para establecer el origen de la riqueza y de los fondos, y obtener autorización de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones con esta clase de clientes.

Por último, se consagra la imposición de sanciones administrativas, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, para quienes incumplan con lo dispuesto en ese capítulo.

Así mismo, se establece todo un régimen para evitar y sancionar los eventos de corrupción y fraude en la salud pública. En este sentido, se crea un sistema para el control y reporte del fraude y la corrupción en el sistema de seguridad social en salud, similar al que ya existe para el lavado de activos.

Adicionalmente, se le da vida a un Fondo Anticorrupción del Sector Salud que permitirá fortalecer la capacidad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y dotará de recursos a la entidad para realizar convenios con la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría, para investigar hechos indebidos en el sector.

Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada. La corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la administración pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno. En este sentido, este proyecto plantea una política de cero tolerancia a la corrupción a través de diversas medidas que permitan al Estado no solamente ejercer una represión del fenómeno, sino también hacer un llamado preventivo general a que las personas que piensan incurrir en un acto de corrupción desistan de tal finalidad.

Incluyo la exclusión de beneficios y subrogados penales en delitos contra la administración pública relacionados con corrupción, manteniéndose los beneficios solo por colaboración, siempre que esta sea efectiva, extendiendo esta excepción a los representantes legales de las matrices y subordinadas cuando éstas incurran en el delito de soborno transnacional.

Con respecto a la prescripción de la acción penal consagrada en el artículo 83 del Código Penal, se aumentan los términos respecto de los servidores públicos en la mitad y se consagra que dicho incremento se extiende a los particulares que

ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores para evitar la impunidad en la lucha contra la corrupción.

Se adicionan dos nuevas circunstancias de agravación a la estafa, una relacionada con recursos públicos y otra con recursos de la salud, por la lesividad que tienen los fraudes que ejecutan los particulares en estos sectores en relación con medicamentos, recobros, certificaciones y relaciones con el Estado.

Se estipulan nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares.

En este sentido, se establece como nuevo tipo penal la corrupción privada y seguidamente el delito de administración desleal. El modelo para la consagración de estos delitos es la legislación española, pues en la misma se ha consagrado tradicionalmente el delito de administración desleal desde el Código penal de 1995, mientras que el delito de corrupción privada está tipificado en la ley orgánica 010 de 2010 que reformó la legislación punitiva de ese país.

Ambos delitos tienen elementos restrictivos muy especiales, pues no solamente exigen para su configuración la existencia de un acto desviado, sino también la creación de un perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora.

Igualmente, se agrava el delito de utilización indebida de información privilegiada, consagrado en el artículo 258 del Código Penal, y sancionado con multa, en cuanto a que tal conducta será sancionada con pena de prisión de 1 a 3 años.

De la misma forma, se agravan las penas de delitos en los cuales se afecten recursos de la salud, por considerarse que en estos eventos no solamente se presenta la afectación concreta de la administración pública o el orden económico

social, sino que también se está colocando en peligro al propio objeto tutelado de la salud pública.

Con relación a las circunstancias de atenuación punitiva consagradas en el artículo 401 del Código Penal, este se modifica incluyendo como causal, si antes de iniciarse la investigación el agente por sí o por interpuesta persona corrige la aplicación oficial diferente. Además se establece que el reintegro de lo apropiado deberá hacerse junto con los intereses correspondientes.

Al contemplar la figura del reintegro, aplicable a las distintas formas de peculado, se hace más exigente en el sentido de requerir para efectos de la atenuación punitiva allí consagrada, no sólo que el agente reintegre lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, sino también que actualice dicho valor y repare los perjuicios ocasionados con la infracción, de manera similar a como se prevé respecto de los delitos contra el patrimonio económico en el artículo 269 del Código Penal. Procura esta disposición lograr una reparación al Estado con el fin de subsanar el detrimento patrimonial al erario originado en la conducta de peculado.

Igualmente, se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagrados en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presentan características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones y los acuerdos restrictivos de la competencia. Se estipula, la adición de un inciso al artículo 405 del Código Penal, que tipifica el delito de cohecho propio, en el que se sancionará con multa y pérdida del empleo al servidor público que para sí o para otro reciba cualquier dádiva por un acto ilegal ya cumplido, sin que medie acuerdo previo con la persona que hace la entrega.

Se crea un nuevo tipo penal que se denomina fraude de subvenciones, con lo cual se adiciona la ley 599 de 2000 y en él incurrirán quienes obtengan subvención o ayuda pública falseando las condiciones exigidas para su concesión u ocultando las que la hubiese impedido o no invirtiendo los recursos obtenidos en la finalidad a la que están destinados.

Se adiciona como nuevo tipo penal los acuerdos restrictivos de competencia en materia de contratación estatal para sancionar fundamentalmente los ya frecuentes casos en los cuales los proponentes de un proceso precontractual se ponen de acuerdo para engañar al Estado.

Se tipifica igualmente el delito de tráfico de influencias de particulares que sanciona eventos muy graves de corrupción que han quedado impunes porque el sujeto activo de la conducta actualmente existente es un servidor público. Así mismo, se realizan una serie de modificaciones para armonizar la legislación nacional con las convenciones internacionales, mejorar la técnica legislativa de algunas disposiciones y agravar algunas penas.

De igual manera, se propone la modificación de la descripción típica del enriquecimiento ilícito de servidor público en el sentido de suprimir el término de dos años siguientes a la desvinculación de quien desempeñó funciones públicas, factor temporal al cual se encuentra ligada la represión de la conducta del ex servidor público. Lo anterior, teniendo en cuenta la posibilidad que existe en el sentido que, transcurridos esos dos años, el ex servidor público obtenga, por razón del desviado ejercicio del cargo o de las funciones públicas que desempeñó, un incremento patrimonial no justificado. Se pretende de esta manera evitar la impunidad de dichos comportamientos.

Se modifica el sujeto activo de la conducta del delito transnacional, en el sentido previsto en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en la cual no se establece que éste sea calificado como lo es en nuestra legislación.

Igualmente, se incluye a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas entre quienes pueden ser objeto de soborno a cambio de realizar u omitir cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, acorde con lo previsto en la misma convención.

Igualmente, se modifica el tipo penal de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, incluyendo la expresión “así este no se suscriba”, con el objeto de cerrar la discusión sobre si es posible aplicar este delito a aquellos eventos en los cuales no se ha celebrado o perfeccionado el contrato.

En el campo procesal, se ha evidenciado la imposibilidad de llevar a cabo una investigación compleja de corrupción en los términos que señala la ley; por ello es necesario su ampliación. Resulta necesario duplicar el término de duración de la actuación en los casos de corrupción en los cuales sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación, dada la mayor complejidad que revisten estas investigaciones y el mayor tiempo que en consecuencia requiere la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad, y preparar su participación en el juicio. En aras de la coherencia se propone también la ampliación de los términos en los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, habida consideración de la gravedad de los mismos y la complejidad que supone su investigación.

Es igualmente conveniente, que los términos de privación de la libertad del imputado o acusado en los casos allí señalados sean ampliados, teniendo en cuenta no sólo la gravedad de los delitos objeto de investigación, sino también la complejidad que supone para la Fiscalía preparar el escrito de acusación o solicitar la preclusión en 60 días contados a partir de la formulación de imputación, cuando son tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

Con el fin de asegurar la prueba testimonial en delitos de corrupción, resulta trascendental que ante amenazas o riesgo de extradición de personas que conozcan de tales hechos, se reciba la prueba testimonial anticipada.

Con relación a la prueba anticipada consagrada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, se adiciona un párrafo específico para cuando se trate de delitos contra la administración pública y el patrimonio económico del Estado, en los que proceda la detención preventiva, para tomar como tal, el testimonio de quien reciba amenazas contra su vida o la de su familia por razón de hechos que conoce y cuando curse un trámite de extradición con concepto favorable de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cuyo caso la prueba debe practicarse antes de que quede en firme la decisión del Presidente de la República concediendo la extradición. Si la prueba no se practicó podrá realizarse en el exterior.

De igual manera, se considera conveniente ampliar el catálogo de delitos en los cuales no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención domiciliaria, incluyendo en consecuencia los delitos de enriquecimiento ilícito, soborno transnacional, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y tráfico de influencias.

Adicionalmente, se incluye una nueva causal para la aplicación del principio de oportunidad, predicable específicamente frente a los casos de cohecho, con la cual se pretende quebrar el círculo de impunidad que se genera en este delito, dado el compromiso de responsabilidad penal que respecto del mismo tiene tanto quien da u ofrece el dinero o la dádiva como el servidor público que los recibe o acepta y el silencio que a los dos beneficia. Se trata de una medida de política criminal encaminada a lograr una mayor eficacia en la investigación de dichas conductas de corrupción, inspirada en una causal de extinción de la acción penal prevista en el párrafo del artículo 24 de la ley 190 de 1995.

Así mismo, se adiciona un artículo a la Ley 906 de 2004, permitiendo que los mecanismos establecidos en los artículos 241 y 242 de ésta ley, relacionados respectivamente con el análisis e infiltración de organización criminal y actuación de agentes encubiertos, sean utilizados para verificar la existencia de hechos de corrupción en entidades del Estado. La coparticipación del agente encubierto con la persona investigada por un delito de corrupción, lo exonera de responsabilidad y el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente. La corrupción se desarrolla generalmente a través de la criminalidad organizada; por ello, es necesario contar con los mecanismos ideados en el derecho procesal penal para luchar contra la misma, tales como el agente encubierto y la infiltración en un grupo criminal. Se añade, el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 que consagra la sustitución de la detención preventiva, señalando expresamente los delitos en los cuales no procederá esta medida.

Por último, se estipula la suspensión inmediata en el ejercicio del cargo del servidor público, desde la formulación de acusación, sin perjuicio de la posibilidad de suspensión que opere con la medida de aseguramiento, para evitar que los servidores públicos utilicen sus cargos para defenderse en procesos judiciales.

11. EL ESTATUTO ANTICORRUPCION FRENTE A:

11.1 Exclusión de Beneficios - Subrogados

El nuevo estatuto, elimina los beneficios o subrogados penales para quienes cometan delitos contra la administración pública.

“No habrá mecanismos alternativos de la pena privativa de la libertad, no habrá suspensión condicional de la misma, ni tampoco libertad condicional. Mucho menos gozarán de prisión domiciliaria”.

El artículo 13, introdujo la exclusión de beneficios en los delitos contra la administración pública relacionados con corrupción. Modifico el artículo 68 A del Código Penal quedando así:

“Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional”.

“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 Y 5 del artículo 314 de la ley 906 de 2004 ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos. Es decir cuando el penado este incurso en una de estas justificaciones como grave enfermedad, madre o padre cabeza de familia, edad superior a los 65 años, puede ser cobijado con beneficios como la prisión domiciliaria.”

La restricción de estos derechos y la imposición de mayor punibilidad en cabeza de quienes ostentan la condición de servidor o funcionario público no deja de constituirse en una auténtica amenaza al derecho a la igualdad, en la medida en que la eliminación de mecanismos alternativos de privación de la libertad, así como la prohibición de la suspensión condicional de la pena y del otorgamiento de la libertad condicional *per sé* se constituyen en mecanismos nugatorios de aquellos que en algún modo, más que beneficios son derechos consagrados por normas superiores.

También se prohíben en tales la concesión de cualquier otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que dicha cooperación fuere efectiva. Es un retorno

a la reincidencia, que implica grave afectación del derecho penal de acto. Esta disposición nos traslada de inmediato al campo del derecho penal de autor, definido a ultranza por todas las corrientes subjetivas y totalitarias.

Esta restricción tuvo sus primeras apariciones en la ley 1453 de 2011, esta introdujo un agregado a la norma, desbordante de peligrosismo, se prescribieron las mismas exclusiones para quienes en cualquier tiempo hubieren sido condenados por una serie de delitos contra la Administración Pública que la propia norma anunciaba. 15 días después de promulgada esta ley, se da otro bandazo para modificar el contenido, ampliando un tanto un poco el listado de conductas, incluyendo los delitos contra la administración pública y tipos penales nuevos incluidos en el estatuto anticorrupción.

Obsérvese que solo puede ser objeto de beneficios, cuando se está inmerso en instituciones garantes del sistema acusatorio y de la justicia negociada, tales como los eventos en los cuales se aplica el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones, el allanamiento a cargos, en tales hipótesis lo dispuesto en la norma se torna inaplicable, siendo este un tenue alivio para tanto peligro.

Desde esta perspectiva se puede apreciar también que disposiciones como las contenidas en el artículo 33, en la que se determinan circunstancias de agravación punitiva, y en virtud de la cual *“... le será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público...”* configuran una discriminación a la luz de la vigencia de preceptos superiores.

11.1.2. Detención y Prisión Domiciliaria

Artículo 39 “Restricción de la Detención Domiciliaria” esta norma modifico el párrafo del artículo 314 de la Ley 906 del 2004...

“Parágrafo 1º: no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: “.....artículo 397 peculado por apropiación; artículo 409 interés indebido en la celebración de contratos; artículo 410 contratos sin cumplimiento de requisitos legales”

Estas normas, sucesivamente reformadas establecen un inusitado rezago peligrosita – el tratamiento penal del delincuente se hace depender de su peligrosidad latente o potencial – disponiendo como causa para excluir la concesión de los subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad y prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, el hecho de que la persona hubiere sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, sin que al efecto interesen factores trascendentales como la naturaleza y gravedad del delito cometido, los bienes jurídicos afectados con el mismo o la intensidad cualitativa y cuantitativa de la pena impuesta.

También se prohíbe, en tales “situaciones peligrosas”, la concesión de cualquier otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados a la ley, siempre que dicha cooperación fuere efectiva. Es un retorno a la reincidencia, que implica grave afectación del derecho penal de acto. La disposición nos traslada de inmediato al campo penal del derecho penal de autor – defendiendo a ultranza por todas las corrientes subjetivas y totalitarias-.

Finalmente el texto que queda vigente reitera la protección a instituciones capitales del sistema acusatorio y de justicia negociada, tales como los eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos, en tales hipótesis lo dispuesto en la norma se torna inaplicable. Tenue alivio para tanto peligrosismo.

11.1.3 Interdicción de Derechos Públicos y Funciones Públicas

En cuanto a los hechos punibles que afectan el patrimonio del Estado. Si el acto es doloso, se sanciona con una inhabilidad perpetua para el ejercicio de funciones públicas. En cambio, si es culposo, la inhabilidad está limitada en el tiempo.

El artículo 52 del Código Penal permite que el juez imponga penas accesorias, es decir, privativas de derechos diferentes a la libertad, cuando esos derechos tuvieron una relación directa con la realización de la conducta punible o cuando su restricción contribuye a la prevención de conductas similares.

En efecto, el artículo 52 indica que la pena de prisión conlleva la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo legal. Por lo tanto, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se aplica conjuntamente con la privativa de la libertad, independientemente de que el delito se cometa con dolo o culpa.

11.1.4 La Prescripción de la Conducta Conforme el Nuevo Estatuto Anticorrupción

Se amplían los términos de prescripción para las investigaciones de los delitos de corrupción, así como en los procesos fiscales y disciplinarios; el artículo 14 indica que el artículo 83 del Código Penal quedara así:

“Inc. 6. ... Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentara en la mitad. Lo anterior se aplicara también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en

forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores...”

La norma anterior indicaba que el término de prescripción se aumentaba en una tercera parte.

El término genérico de prescripción de la acción penal se establece en un tiempo equivalente al máximo de la pena imponible, con un límite mínimo de 5 años y máximo de 20; En virtud a la reforma dicho término aumento de una tercera parte a la mitad, no obstante cuando el termino de prescripción se aumenta, como en el caso, nunca puede exceder el límite máximo de veinte años.

12. EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN FRENTE A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

12.1. El Bien Jurídico:

Es el interés protegido por el legislador en cada caso concreto, puede ser monoofensivo o pluriofensivo, de lesión y de resultado.

En su desarrollo individual y colectivo, el hombre necesita entrar en posesión de diferentes objetos tanto del mundo espiritual como del material. Cuando el ordenamiento legal reconoce esa necesidad humana como bienes dignos de protección para una convivencia social pacífica y organizada, dichos bienes se transforman en bienes jurídicos integradores y rectores, en otras palabras cuando se habla de Bien Jurídico, se hace referencia a los bienes tanto materiales como inmateriales que son efectivamente protegidos por el derecho, es decir son valores legalizados como la salud, la vida, etc.

12.1.1. Bien Jurídico Protegido:

De acuerdo con la prescripción legal, el bien jurídico que se protege en este título, es la Administración Pública, como interés funcional o institucional, porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación, entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad. Se protege de manera inmediata el ejercicio debido o correcto de la administración, con el fin de que los derechos puedan ser reales y efectivos.

Se entiende por Administración Pública, el contenido esencial de la actividad correspondiente al poder ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del estado para suministrarlos de manera inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general. Está constituida por los distintos mecanismos encargados, general o parcialmente de realizar una gestión o varias gestiones en conjunto, para atender las necesidades de una comunidad determinada.

Es necesario hacer trascender la diferencia entre bienes jurídicos individuales e institucionales, porque si bien los segundos están al servicio de los primeros como vía para su realización, la antijuricidad material debe referirse, en principio, al interés expresamente escogido y tutelado por la ley.

El autor Silvio Ranieri considera *“que atentan contra la administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones”*.¹

En ese orden, se puede predicar que el bien jurídico protegido en este título es el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia, honestidad, imparcialidad, publicidad, igualdad, moralidad, mediante la selección objetiva, carrera administrativa, la evaluación continua y capacitación.

¹ Silvio Ranieri. *Manuale di diritto penale*, 3ª Ed., Padova, Antonio Millani, 1956, pag 233.

Estos parámetros tienen su fundamento en el artículo 209 de la Constitución Nacional que indica:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señala la ley.

La Corte Constitucional en relación con esta disposición ha dicho:

“El artículo 209 de la Carta dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la Administración. Pero no solo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a “la moralidad”, concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución; así por ejemplo, será contrario a esa moral el irrespeto a la autoridad jerárquica, o las faltas contra la honra de las personas o su intimidad, o un trato discriminatorio o vejatorio, o las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, o los elementos justificativos de las inhabilidades, incompatibilidades y requisitos o calidades para el desempeño de la función pública.”²

² Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1994, 29 de septiembre, M.P: Fabio Morón Díaz.

Los delitos contra la Administración Pública tienen hoy un papel significativo y determinante en el prestigio o desprestigio de la administración de justicia. Tal vez igual, incluso mayor, piensan algunos, que aquel asignado a los delitos violentos, pues no puede olvidarse la contundente enseñanza acerca de que una deficiente administración oficial genera y multiplica la violencia, en la medida en que ciertos administrados pretenden retomar la justicia por su cuenta, espiral que va ascendiendo, cuando además para librarse de imputaciones algunos laceran moral y físicamente a los jueces y autoridades, sirviendo la corrupción como pretexto para la reacción, a modo de tropelías en búsqueda de reivindicar el “estado de naturaleza” de todas las formas de violencia que azota a la sociedad.

Una estable y eficiente Administración Pública, signada por los principios de un Estado social y democrático de Derecho, es el mejor instrumento para la configuración de una realidad social propicia para el libre desarrollo de la personalidad, aquel clima de oportunidades para que el ser humano libere sus potencialidades y descargue institucionalmente sus desesperanzas, preocupaciones y frustraciones, en un ámbito de canalización formal-institucional, vertido en respuestas racionales-razonables, previsibles, controladas y previamente diseñadas por el Estado. Tal bien jurídico, sostén mismo del sistema político y social, muy a pesar de que media como instrumento en la consecución aseguramiento y garantía de aquellos bienes de naturaleza personal, política y social –derechos fundamentales de autonomía, democráticos y de prestación-, toma en el Estado moderno una sin igual y significativa importancia que reclama por la doctrina y jurisprudencia un tratamiento racional y sistemático de las conductas que lo afectan, en búsqueda de que se materialicen aquellas expectativas cifradas en su adecuada protección, a fin de cumplir con aquel postulado que Klaus Adomeit asigna al positivismo jurídico y que en el sentir de los autores, pule, lustra y configura como un plus la ciencia jurídico-penal: “solidez en la aplicación del Derecho, cálculo de las decisiones futuras. Compulsión para la objetividad del juez. Seguridad de que no se tienen que compartir las convicciones del juez para mantener los derechos a salvo”.

12.1. Concurso en los Delitos Contra la Administración Pública

La finalidad determina la adecuación típica. En algunos eventos se debe precisar también si la conducta medio, era jurídicamente evitable o no; si lo era, existirá concurso; en caso contrario, supervivirá sólo la adecuación típica que materializa el fin que se propuso el agente; este último caso tiene como ejemplo la realización de una sola conducta, que viola dos bienes diferentes: la administración pública y la libertad individual.

Teniendo en cuenta lo anterior se analizará a continuación los actores involucrados que pueden participar en delitos contra la administración pública.

12.2. El Sujeto Activo

12.2.1. Clases. En su mayoría, las infracciones del presente título son de sujeto activo cualificado jurídicamente: el agente debe ser sujeto con la calidad de servidor público (Arts. 397 a 400; 403 a 406; 408 a 414; 416 a 424; 428 y 434 Código Penal), o particular, es decir, sujeto que carece de investidura oficial (Arts. 402, 425 y 426 Código Penal.).

Además, en algunos de los tipos descritos existe sujeto activo común o indeterminado, pues para adquirir la calidad de agente no se requiere calificación especial, las acciones puede ejecutarlas cualquier persona: hombre o mujer, con prescindencia de cualquier situación o calidad jurídica o natural que soporten, tales como servidor público, particular, extranjero, abogado, etc.; es así en los artículos 407, 429, 430, 431, 432 Código Penal El soborno transnacional debe realizarlo un nacional o un sujeto con residencia habitual en el país (art. 433 Código Penal).

12.2.1.1. Servidor público. Como definición legal se encuentra el artículo 20 del Código Penal, el cual estipula que para todos los efectos de la ley penal, son

servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Dentro de la determinación y definición genérica, se halla que la Constitución de 1886, no definía los conceptos de empleado oficial o trabajador del Estado, por lo cual la ley penal determinó a quiénes para todos los efectos penales se consideraban empleados oficiales y por tanto, podían adquirir la categoría de sujetos activos o pasivos de los delitos que exigen tal cualificación.

El Código Penal de 1936, utilizó como expresiones determinantes de los sujetos activos de los delitos contra la administración pública las de "funcionario o empleado público" y "persona encargada de un servicio público", pero no definió el alcance de tales conceptos para lo cual fue necesario acudir a normatividades de orden administrativo como el Código de Régimen Político y Municipal (ley 4a. de 1913), cuyas definiciones generales acarrearón disímiles interpretaciones cuando se aplicaban para efectos penales. Igual aconteció con el decreto 3135 de 1968, que en desarrollo de la ley de facultades sobre reforma administrativa definió las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales que se utilizaron en la labor jurisprudencial de fijar en los casos concretos las calidades exigidas a los agentes de delitos contra la administración.

El Código de 1980, en su artículo 63 determinó, en forma de enunciación detallada, a quiénes para todos los efectos penales se consideraban empleados

oficiales y por tanto, podían adquirir la categoría de sujetos activos o pasivos de los delitos que exigen tal cualificación. La redacción de este precepto utilizó indistintamente los conceptos de "funcionario o empleado público", cuando en realidad no se trataba de conceptos jurídicos diversos para efectos penales, aunque sí podía ser una distinción importante en materia disciplinaria, de régimen de personal o prestacional de los servidores del Estado.

El precepto incorporaba como "empleados oficiales" a los trabajadores oficiales, a los miembros de las corporaciones públicas y a quienes ejercieran cualquier función pública, así fuese de modo transitorio y a quienes estuvieran encargados de un servicio público; estos conceptos remiten al ordenamiento extrapenal y ello parece imprescindible porque la norma penal, si es redactada técnicamente, ha de ser rigurosa e inequívoca y ello no podría, sin graves riesgos de error, comprender todas las modalidades de vinculación al servicio del Estado y sus paulatinas modificaciones, lo cual es necesaria labor del derecho administrativo.

Además, el mencionado artículo 63 original utilizaba genéricamente las expresiones de "función pública" y "servicio público", que se utilizan en múltiples sentidos por la normatividad administrativa y que tienen un alcance variable en la doctrina y la jurisprudencia, por lo cual su interpretación estricta se dificulta en el ámbito del derecho penal.

La Carta Política de 1991, en su artículo 123, prescribe que "son servidores públicos los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", definición específica que aclara el contenido del concepto. A su vez, el inciso 3 de esta disposición establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Teniendo en cuenta la anterior preceptividad constitucional, el artículo 18 de la ley 190 de 1995 con gran acierto determinó al servidor público en los mismos

términos que el artículo 123, inciso 10 de la Constitución, ampliando dicha categoría, sólo para efectos penales y procesales penales, a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la Corrupción y a quienes administren contribuciones y tasas, fiscales o parafiscales, según el artículo 338 de la Constitución, la anterior comprensión fue asumida íntegramente en el artículo 20 de la ley 599 de 2000, Estatuto penal sustancial vigente.

Así pues, es servidor público para efectos penales toda persona natural que ejerza una función pública. Se entiende por función pública el ejercicio de una facultad, empleo, oficio o actividad creada por la Constitución, la ley o el reglamento o asignada por una autoridad competente.

La nueva concepción normativa que determina el sujeto activo de los delitos contra la administración pública, es de gran valor dogmático, ya que todas las categorías jurídicas enunciadas en ella están determinadas claramente en la normatividad extrapenal; aún la frase "los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria" tiene fuente constitucional y su alcance debe delimitarlo el legislador, según mandato de la propia Carta Política.

12.2.1.2. El funcionario de hecho. Los conceptos de funcionario de hecho y funcionario de derecho no tienen asidero normativo; el desarrollo de estas figuras ha sido labor de la doctrina y la jurisprudencia administrativas; el funcionario de derecho es aquel nombrado o elegido y posesionado con el cumplimiento de todos los requisitos legales; el funcionario de hecho es aquella "persona natural que desempeña un empleo público, al cual ha llegado mediante una investidura irregular". Esta deficiencia puede acontecer cuando se nombra a un funcionario que no llena los requisitos para el respectivo cargo o cuando habiendo sido regularmente investido, sobreviene la pérdida de esta característica pero continúa

en el ejercicio del cargo.

El funcionario de hecho puede ser sujeto activo de delitos contra la administración, pues en ejercicio de su investidura irregular realiza funciones públicas, actúa como agente o representante del Estado; por ende, sus actos, en cuanto ejercicio de tales funciones, son generadores de efectos jurídicos tanto en el ámbito administrativo como en el campo penal, por ello a continuación se abordan algunos términos penales relacionados.

Como definición de funcionario público. El Código Penal de 1980, en su artículo 63, para evitar confusiones en los diferentes significados con respecto al concepto de funcionarios público, estableció una igualdad, bajo el genérico nombre de empleados oficiales.

Para el funcionario público, que cometa algún delito contra la administración pública, existe la detención preventiva, que se define como la petición de suspensión en el ejercicio del cargo para el cumplimiento del auto de detención preventiva, sólo procede cuando el servidor público se halla efectivamente desempeñando la correspondiente actividad funcional y no es necesario, en consecuencia, cuando se tiene la calidad, pero no la función.

El empleado oficial se define en el artículo 48 del decreto 1660 de 1978, donde se señala que los funcionarios y empleados nombrados en la rama jurisdiccional gozarán de estabilidad hasta la terminación del período correspondiente, principio que tiene salvedad en el artículo 49 del mismo decreto, en cuanto en forma perentoria dispone que el nombramiento deberá declararse insubsistente en los casos señalados en el artículo 8.

Para el empleado oficial, se encuentra que "para los efectos penales, la noción de empleado oficial toma en cuenta también al particular que, aun de modo transitorio, ejerza cualquier función pública o que se le haya encargado de un servicio público".

12.2.1.3 Particular: Dentro de algunas de las conductas señaladas en el Título de los delitos contra la Administración Pública que consagra la Legislación Penal Vigente, incluido el Estatuto Anticorrupción, podemos observar, que no se requiere cualificación para su comisión, que esta puede ser desarrollada por un sujeto activo indeterminado, como en el caso de la conducta denominada - *Acuerdos restrictivos de la competencia*- “el que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual...”. Igualmente en lo previsto en el artículo 411 A del Código Penal “... *tráfico de influencias de particular*”.... “*el particular que ejerza indebidamente influencia sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico...*”. En este evento la parte activa del delito presenta calificación jurídica negativa: Particular

12.4. El Sujeto Pasivo

El Estado, como persona jurídica, es el titular del bien protegido. El patrimonio del Estado, el correcto desarrollo de su actividad, su prestigio y moralidad, la imparcial y eficaz prestación de los servicios públicos a su cargo, y el patrimonio de las instituciones de beneficio común, son intereses de la colectividad, la cual encuentra su representatividad en el Estado-nación personificado.

La organización estatal puede encontrarse en posición pasiva por ser sujeto de derechos y por ende, titular de intereses jurídicos, condición esencial para adquirir tal calidad; por esto se niega tal posibilidad a la sociedad y a la familia, realidades ontológicas que carecen de personificación jurídica, por lo cual no se las considera titulares de derechos.

Así mismo, en algunas especies delictuosas como la concusión (Art. 404 del Código Penal), el patrimonio económico del particular se ve lesionado o amenazado de manera directa; así mismo, los delitos contra los servidores

públicos (Arts. 429 y 430, Código Penal.), pueden entrañar atentado contra su integridad personal; en estas hipótesis, el particular o el funcionario afectados tendrán la calidad de víctimas o perjudicados, pero nunca serán el sujeto pasivo primario de la infracción, pues no son los titulares del bien jurídico primordialmente protegido; estas características abren varias posibilidades de concurso que tendremos ocasión de reseñar al estudiar cada uno de los tipos.

12.5. QUE OCURRE CON LOS DELITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA CATEGORÍA DEL INTERVINIENTE

12.5.1. El Interviniente, dentro de las figuras universalmente afines con la problemática de la autoría y la participación y, en general, con el concurso de personas en la realización de la conducta delictiva, aparece la figura del interviniente como un elemento adicional en la determinación de la responsabilidad penal. Es así como las legislaciones de casi todos los países del mundo, incluida por su puesto la nuestra, se veía avocada a una serie de incongruencias desde el punto de vista punitivo en aquellos casos en los que se enfrentaba a comportamientos delictivos en los que concurrían varias personas con aportes disímiles desde la órbita de lo material, pero con connotaciones jurídicas diferentes, cuyos efectos punitivos parecían similares, pero que en el fondo no podían tener tratamiento similar.³

Doctrina y jurisprudencia debieron tratar de establecer unas pautas seguras desde el punto de vista jurídico en los casos de delitos en los que estaban involucrados agentes del Estado y otro tipo de delincuencia en la que la ley penal exigía una cualidad especial en el sujeto activo, cuando actuaban mancomunadamente con personas que no tenían dichas cualificaciones pero que materialmente actuaban en similar o con mayor aporte material que aquellos en quienes concurría la calidad especial exigida por la norma. Se enfrentaban allí los especialistas a un

³ Gómez Martín Víctor (2006), Los Delitos Especiales. Edit. Edosofer.

gran interrogante, puesto que no había una fórmula clara para sancionar a sujetos cualificados, verbi gratia, servidores públicos y particulares cuando desarrollaban comportamientos delictivos con la participación de ambos; el interrogante era cómo sancionar a cada cual y por qué delito.

La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la Administración Pública.

En realidad, la pauta existente hasta ese momento era que en casos en los que se investigaba delitos como el peculado, en donde concurría el servidor público con un particular cuyos aportes se consideraran similares, a este último se le sancionaba por el delito contra la Administración Pública, mientras que al particular se le castigaba por un delito contra el Patrimonio Económico, conclusión típica y punitiva esquiva a la tradición dogmática por cuanto tal determinación vulneraba el principio de la unidad de imputación del injusto, según el cual el ordenamiento jurídico-penal sólo puede adelantar una investigación por cada comportamiento delictivo, resultando equivocado investigar y sancionar al servidor por peculado y al particular por hurto.

Otra tesis sostenía, también, a partir del principio de unidad de imputación, que el intraneus respondía como autor y el extraneus como cómplice de delito de infracción de deber, y se plantearon varias subhipótesis para determinar la responsabilidad, así, el extraneus que determina al intraneus a cometer delito especial es determinante del mismo. Igualmente, la ayuda que presta el extraneus al intraneus en fase diferente a la ejecución del hecho constituye complicidad del delito de infracción de deber. Así mismo, el intraneus puede utilizar como instrumento de delito especial al extraneus, mediante coacción o inducción en error o en virtud de estructuras de poder organizadas.

No obstante en la novedad del planteamiento, quedaron interrogantes en torno a otras posibilidades, como la utilización del intraneus como instrumento del

extraneus, ni la situación de la determinación del intraneus por parte del extraneus a la realización del delito de infracción de deber.

De esta problemática se ocuparía el Código Penal de 2000, al incluir en el artículo 30 un último inciso que incorpora la figura del interviniente para quien no teniendo las calidades especiales exigidas por el tipo penal, concurra a su realización, se le rebajaría la pena en una cuarta parte.

12.5.2 La Coparticipación En Los Delitos Contra La Administración

El fenómeno de la coparticipación se refiere a que en la ejecución de una conducta interviene un número plural de agentes y que también alude a todas las hipótesis de realización plural en la parte activa de un hecho punible, todo lo cual se regula en los artículos 28, 29 y 30 del Código Penal.

La institución tiene su fundamento en la necesidad de reprimir la codelincuencia, contra conductas que vistas aisladamente no constituyen delito, por carecer de alguno de los elementos estructurales del respectivo tipo, pero que analizadas como unidad, son simples eslabones en la acción delictiva ejecutada por varios sujetos.

Estos hechos punibles son de sujeto activo cualificado jurídicamente, con lo cual sólo determinadas personas en quienes concurren las calidades exigidas, pueden intervenir en ellos como autores.

Sólo un sujeto con la calidad de servidor público, que subjetivamente se encuentre en ejercicio de la función pública, puede atentar en forma idónea contra el cabal desarrollo de la actividad estatal. Lo anterior no puede significar que el particular, sujeto que no ostenta la calidad de servidor público, no pueda por acción propia, amenazar y aun lesionar el bien jurídico tutelado por medio de estos tipos de sujeto activo calificado.

Desde el punto de vista del derecho penal sustantivo vigente, la situación del particular o del sujeto que no reúne en su totalidad las calificaciones especiales exigidas, que interviene en el cumplimiento de uno de los delitos contra la administración pública, se debe afrontar aplicando el instituto de la coparticipación como dispositivo dogmático amplificador del tipo.

Las figuras de determinador y cómplice, definidas en las normas generales, encuentran cabal aplicación para comprender el acto del particular que intervenga en la realización de uno de estos delitos; si su hecho se concreta en eficaz provocación, inducción o instigación, tendremos que su situación jurídico-penal será la de determinador, siempre y cuando que en el autor directo o material se presenten todas y cada una de las calidades exigidas en la respectiva descripción y a éste se le pueda imputar la verificación de una conducta típica por lo menos en grado de tentativa.

Por lo tanto, es incuestionable que a la luz de nuestro sistema penal vigente un particular o un servidor público que no tenga funciones de custodia, administración o tenencia de bienes del Estado, provoque en otro sujeto que sí las reúne, la ejecución de peculado por apropiación.

La figura de la complicitad también es perfectamente aplicable con el fin de incriminar la conducta del particular copartícipe, cuando éste presta ayuda al autor directo y mediato, con la conciencia de que actúa colaborando en la realización de un delito consumado por éste. Procede cualquiera de las clases o grados de complicitad, previstas en el artículo 30 del Código Penal (antecedente, concomitante y subsiguiente).

En ambas hipótesis, determinación y complicitad, la punibilidad del particular o del sujeto que no reúne la totalidad de las calidades exigidas por el tipo para que de él pueda proclamarse autoría directa o material, se derivará, no del tipo penal

estructurado, sino del dispositivo amplificador de la coparticipación.

13. DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

En el código penal de 1936 no existía un capítulo relativo al régimen de la contratación administrativa, por cuanto en la época de su expedición eran ciertamente pocos los contratos que celebraba el Estado y relativamente pequeña su cuantía. Sin embargo, con el surgimiento de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de las obras públicas y el desarrollo de actividades no contempladas (todo lo relativo a la radio, la televisión y las comunicaciones, por ejemplo), se desarrolló lo que podríamos llamar una rama independiente del derecho administrativo: el derecho de la contratación.

Paralelamente, entonces, surgieron las acciones de funcionarios inmorales dirigidas a obtener ventajas indebidas de su participación en la contratación del Estado. Aparece así, como subespecie del bien jurídico de la Administración Pública, la “contratación administrativa”, entendida como el interés del Estado en que la participación de funcionarios en los contratos no este influida por interés particulares, unidos a la corrupción administrativa; esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desatollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (arts. 209 C.N y 23 ley 80 de 1993)

Los artículos 408 a 410 del Código Penal conforman el capítulo de la denominación jurídica Celebración Indebida De Contratos, concepto genérico. Se entiende como el incumplimiento, por parte de un servidor público, de las disposiciones del ordenamiento jurídico extrapenal, que consagran los motivos que lo inhabilitan para intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato administrativo; lo mismo que la inobservancia de las prohibiciones de carácter ético y moral para celebrar contratos con el Estado.

También comprende la conducta del funcionario que toma interés personal en los contratos administrativos, en los cuales, por razón de sus funciones, está obligado a intervenir; o que los tramite, celebre o liquide, sin el lleno de los requisitos legales.

13.1. Conceptos doctrinales y elementos normativos. A partir del concepto doctrinal del bien jurídico tutelado: la contratación administrativa para efectos jurídico-penales, en cuanto especificación del bien jurídico de la administración pública, "es el interés del Estado en que la participación de funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa".

La finalidad de la contratación estatal en cuanto bien objeto de protección penal. Se centra en el respeto por los fines de la actividad contractual del Estado, que se ven desviados o entorpecidos con la realización de las conductas descritas en este capítulo, concreta el objeto específico de tutela penal. Doctrinalmente se fijan las mencionadas finalidades afirmando que siempre estará presente la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas, objetivo inmerso en la celebración de cualquier contrato estatal, ya sea de manera directa o indirecta; en otros términos: la actividad contractual de la administración se verificará siempre para satisfacer necesidades colectivas y, por ende, para la consecución de los fines del Estado.

Con lo anterior se patentiza que cualquier otra finalidad o motivación que se advierta en el actuar de los servidores públicos al celebrar o ejecutar un contrato, contraviene por sí misma la propia naturaleza que el ordenamiento imprime a esta actividad administrativa; tal es el caso de las motivaciones de índole personal, político, económico o de cualquiera otra condición que, de cualquier manera, desfiguren las razones que determinan la contratación del Estado.

13.2 Definición normativa del contrato estatal. De acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, son contratos estatales, "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad". Concepto que no fue modificado en la reforma que a este precepto se verificó por medio del artículo 25 de la ley 1150 de 2007.

Así, el contrato estatal es un acto jurídico en el cual, por vía normativa, se establecen los requisitos generales y especiales para que la expresión voluntaria de las partes produzca plenos efectos jurídicos.

Como clasificación normativa de los contratos estatales y a título enunciativo, el artículo 32 del Estatuto de contratación estatal entrega la siguiente clasificación: contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión y contratos fiduciarios y fiducia pública. Así mismo y teniendo en cuenta lo normado por el mencionado artículo 32 y por el numeral 2° del artículo 14 del referido Estatuto, son también contratos estatales los de suministro, empréstito, donación, arrendamiento y seguro, entre otros.

En lo referente a la responsabilidad en la contratación estatal, el Estatuto de contratación estatal pretende otorgar a los sujetos que intervienen en esa actividad, un marco general de los principios esenciales de la misma y paralelamente un campo de acción amplio y flexible para que aborden de manera eficaz el cumplimiento de los fines estatales que se les han confiado. La mencionada autonomía y agilidad deben recíprocamente generar un régimen de responsabilidades estricto; el cual comprende la conducta del servidor en relación con hechos inherentes a la celebración misma del contrato.

Se regula la responsabilidad de las entidades públicas (artículo 44), la responsabilidad del servidor público, consultor, interventor, asesor y particular (artículos 45

y 48). En esta forma se han determinado normativamente las conductas del servidor público o de los demás sujetos que intervienen en la contratación, son susceptibles de generar responsabilidad, civil, penal o disciplinaria.

Igualmente, una norma de gran importancia introdujo el Estatuto de contratación estatal en su artículo 56, al hacer extensivo el régimen penal de los servidores públicos a los restantes sujetos que intervienen en procedimiento contractual. Dice textualmente el mencionado precepto: "Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos".

13.3 Marco Legal del Tipo Penal “Celebración Indebida de Contratos”

El código penal de 1936, no traía un capítulo especial sobre este tipo penal, aun cuando contenía dos disposiciones, que de alguna manera podía aplicarse a la Contratación Administrativa. El artículo 162 describía el llamado Cohecho por Fraude en los siguientes términos

“El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismo, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de 1 a 8 años.”

Y dentro del capítulo de las “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, como artículo único, traía el siguiente:

El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeña funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones y en multa de 100 a 3.000 pesos.

Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros, o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, participación o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos o sucesiones.

El anteproyecto de 1974, dentro del capítulo de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, se ocupó por primera vez de la celebración indebida de contratos. El artículo 169 establecía:

El funcionario o empleado público o trabajador oficial, que en ejercicio de sus funciones celebre contrato con su consocio en sociedad distinta de la anónima, o con pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incurrirá en prisión de uno 1 a 3 años y multa de 1.000 a 50.000 pesos.

Se impondrá la misma pena cuando el agente realiza la conducta descrita en el inciso anterior con un consocio o con un familiar de quien lo designó o intervino en su designación.

El proyecto de 1976 dedicó ya un capítulo completo a la celebración indebida de contratos e incluyó las siguientes modalidades: a. Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art 171); b. Concertación fraudulenta (art172); c. Interés ilícito en la celebración de contratos (art 173); d. Aprobación o celebración indebida de contratos (art 174); e. Pactar precios superiores a los

permitidos en un contrato de arrendamiento o enajenación de inmuebles (art 175) y f. Adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, inservible, innecesario o suntuario (art 176).

La comisión redactora del Código Penal de 1976 dejó consignado el significado y alcance del objeto jurídico y su específica tutela, en los siguientes términos:

“Dada la especial importancia que en la vida moderna tiene la actividad estatal, que invade campos que antes estaban limitados a la iniciativa particular, y habida cuenta que esa actividad se traduce en la prestación de servicios previa la celebración de contratos que en ocasiones demanda la inversión de grandes cantidades de dinero, se ha considerado que el derecho penal no puede ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. Así como otras ramas del derecho se han ocupado en señalar pautas mínimas para el servidor público, el derecho penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas aquellos comportamientos del empleado que al actuar en la celebración de contratos viola unas pautas mínimas pero esenciales, lesionando o por lo menos poniendo en peligro intereses pecuniarios del Estado y principalmente el prestigio, eficacia y buen nombre de la Administración.”

En el **Decreto 100 de 1980 Capítulo cuarto**, “De la Celebración Indebida de Contratos. **Art 144** Violación del Régimen Legal de inhabilidades e Incompatibilidades; **Art 145** Interés Ilícito en la Celebración de Contratos; **Art 146** Contratos sin cumplimiento de Requisitos Legales, en el mismo año de promulgación de esta norma, fue modificado por el **Decreto 141 de 1980 art 1º** .

Para regular este capítulo del Código Penal y controlar los desbordes de los Servidores Públicos en materia de Contratación Administrativa el Gobierno nacional expidió la **Ley 80 de 1993** “Estatuto Nacional de Contratación” la cual

tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Posterior a esta Ley surgieron las Leyes: 99 de 1993, Ley 161 de 1994, Ley 182 de 1995, Ley 454 de 1998, Ley 789 del 2002, Ley 828 de 2003, Y finalmente la ley 1150 de 2007 que deroga varios artículos de la Ley 80 de 1993: el 2º, el inciso 2º del artículo 3º, el inciso 4º del artículo 13, el artículo 22, el numeral 1º y párrafo 1º del artículo 24, el inciso 2º del numeral 15º, el numeral 19º del artículo 25, y los artículos 29, 30, 36, 39, 60 y 61.

En la actualidad se encuentra contemplado en el TÍTULO XV – **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**, capítulo cuarto “de La Celebración Indebida de Contratos”. Artículos 408 al 410ª, Iniciando con la Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades y terminando con la de “Acuerdos Restrictivos de la Competencia” este último adicionado, por el artículo 27 Ley 1474 de 2011. (Estatuto Anticorrupción).

Los delitos que comprenden la celebración indebida de contratos, por La mismas características legislativas, pertenecen al grupo denominado “**TIPOS EN BLANCO**”, esto es, que remiten a otros ordenamientos jurídicos con el fin de consolidar su contenido. La Corte Suprema de Justicia ha aceptado la complejidad de los delitos que nos ocupan. Al respecto ha indicado. “El delito de celebración indebida de contratos es un tipo penal en blanco que precisa acudir a las disposiciones extrapenales que establece el régimen de la contratación de las entidades administrativas. Para que se configure no basta la simple y mera inobservancia de cualquiera de los requisitos de obligatorio cumplimiento establecidos por la ley; se requiere además, que se demuestre la culpabilidad dolosa y el elemento subjetivo consistente en el propósito de obtener provecho ilícito.

Finalmente en la ley 1474 de 2011 se introdujo en el Capítulo VII, la denominación, “DISPOSICIONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCION EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”. Artículos 82 al 94.

13.5. Barrido Jurisprudencial

- Sentencia junio 8 de 1982: en la que se señala que: “...Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación:

1. Vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos.

4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5. La responsabilidad de la dirección o manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las

corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma".

- Sentencia 17392 de 24 septiembre de 2002:

La razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad por parte del estado, de mantener la función administrativa dentro del molde de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar este ejercicio.

- Sentencia mayo 15 de 2008, expediente 24334:

Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de **tramitación, aprobación o celebración** del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes al contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas **operaciones administrativas** a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante”

14. Conductas que conforman el Capítulo Cuarto: De la Celebración Indebida de Contratos

14.1 Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Artículo 408. *“El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a los dispuesto en las normas constitucionales, sobre inhabilidades o*

incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

14.1.2 conducta: Para la comisión se requiere establecer que la inhabilidad es un hecho o circunstancia que limita o excluye la capacidad legal para contratar con la administración, comete este delito el servidor público que se encuentre inmerso el cualquiera de las inhabilidades e incompatibilidades previamente establecidas en la Constitución y en la Ley.

14.1.3 Objeto jurídico: Es el interés del Estado en impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia, y transformados en hábiles y maquiavélicos expertos en conformar carteles especializados en obtener la contratación a su favor, trasgredan todos los límites de las prohibiciones a cualquier costo y desde cualquier ámbito.

14.1.4 Elementos normativos: Vulnerar el régimen legal y constitucional sobre inhabilidades o incompatibilidades descritos previamente en la Constitución y la Ley, en tanto que lo mínimo que le incumbe al servidor público que suscribe un contrato con el Estado, es identificar y reconocer como corresponde las reglas de manejo de bienes ajenos en este caso del patrimonio público.

14.2. Interés indebido en la celebración de contratos

Artículo 409. *“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidades para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.*

14.2.1 conductas: Para su comisión se requiere que el servidor público se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones. Este interés no necesariamente ha de ser pecuniario, sino simplemente debe mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir, por razón de su cargo o de sus funciones.

14.2.2 Objeto jurídico: Se lesiona cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a los principios que se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal, generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia, opacando el funcionario la rectitud que debe mantener la función administrativa y el Estado.

14.2.3 Elementos normativos: El interés de que trata la norma, se refiere a un provecho privado o indirecto: Directo, cuando se obtiene participación en los objetos material del negocio; e indirecto, cuando se introducen otras personas en la operación, como intermediarias, o cuando la utilidad se compensa con otro contrato que, aparentemente, no guarda ninguna relación con aquel. Dos aspectos se hace necesario abocar: El desvío de poder como negación del interés general en el contrato estatal y los conceptos de contrato y operación administrativa como elementos del ilícito.

14.3. Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales

Artículo 410. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

14.3.1 Conductas: Para la realización de esta conducta, no basta con que el servidor público celebre un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales

esenciales para que fuere punible, sino que, además se hace necesario establecer que dicha acción la ejecuto, con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, ingrediente este que no puede confundirse necesariamente con un aprovechamiento económico, pues otro delito se habría cometido. Es la violación al principio de planeación, transparencia, legalidad y los procedimientos de selección objetiva de la contratación administrativa.

14.3.2 Objeto Jurídico: el contrato estatal cuando se celebra sin el cumplimiento de los requisitos legales el bien jurídico protegido, la administración pública que se da a conocer de diferentes maneras, la variedad de tipos penales que tienden a su tutela también lo hacen desde diversos ámbitos, ya sea protegiendo directamente el patrimonio del Estado, la manera como este se compromete o utiliza, la eficiencia y eficacia de la administración, la moralidad de esta y el comportamiento de sus servidores.

14.3.3 Elementos normativos: Es el interés de quebrantar el régimen contractual, para satisfacer sus propias conveniencias, modificando las reglas del proceso contractual.

14.4. Acuerdos Restrictivos de la Competencia

Artículo 410A. Adicionado, ley 1474 de 2011 artículo 27. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo: El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio con una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes

beneficios: reducción de la pena un una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

14.4.1. Objeto Material: licitación, subasta pública, selección o concurso.

14.4.2. Objeto Jurídico: contratación pública donde se debaten los bienes del Estado.

14.4.3. Elementos normativos concertar con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, de necesaria confrontación positiva, para la culminación de la adecuación objetiva, en directa relación con los objetos de protección –Administración Pública-, especificando en la transparencia y honestidad de los procesos de contratación estatal. Se admite el concurso homogéneo, simultáneo y sucesivo, con otros delitos atentatorios de la administración pública que se perfeccionen como medio o consecuencia del comportamiento.

15. Nuevas Conductas Penales Implementadas En El Estatuto Anticorrupción Para La Lucha Contra La Corrupción En La Contratación Administrativa.

15.1. Art. 82. Responsabilidad de los interventores. Modifica el artículo 53 de la ley 80 de 1993.

Consultores y Asesores externos responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente y los Interventores responderán igualmente por el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades.

15.2. Art. 83 Supervisión e Interventoría Contractual.

Se realiza a través de personal de apoyo que contrata la entidad, con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual. La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico.

Y la Interventoría cumple la función de seguimiento técnico al cumplimiento del contrato.

Art. 86 Imposición de Multas, Sanciones y Declaratorias de Incumplimiento

Art. 87. Maduración de Proyectos

Art. 88. Factores de Selección y Procedimientos Diferenciales para Adquisición de los Bienes y Servicios a Contratar. La oferta más favorable.

Art. 90 Inhabilidad por Incumplimiento Reiterado

Art 94. Transparencia en Contratación de Mínima Cuantía

16. CONSECUENCIAS PENALES, ADMINISTRATIVAS, DISCIPLINARIAS Y FISCALES DE LOS TRANSGRESORES DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS

16.1 Penales: El nuevo estatuto, elimina los beneficios o subrogados penales para quienes cometan delitos contra la administración pública. “No habrá mecanismos alternativos de la pena privativa de la libertad, no habrá suspensión condicional de la misma, ni tampoco libertad condicional. Mucho menos gozarán de prisión domiciliaria.

16.2. Administrativas: Las personas naturales o jurídicas, no podrán volver a contratar con el Estado, cuando hayan sido responsables de la comisión de un delito contra la administración o el patrimonio público.

Los ex servidores públicos, no podrán gestionar ante las entidades públicas intereses privados, durante los dos años siguientes a su retiro, los exempleados públicos del Nivel Directivo no podrán ser contratistas del Estado en el mismo

sector en el cual prestaron sus servicios, durante los dos (2) años siguientes al retiro del cargo.

16.3 Disciplinaria- El Estatuto reforma los términos de investigación disciplinaria; de prescripción de la acción disciplinaria y actualiza el Código Disciplinario frente a los institutos de la revocatoria directa, el traslado de alegatos de conclusión, incorporación de medios materiales de prueba y formas de notificación de las decisiones de cierre de investigación y alegatos previos al fallo por otra parte se fortalece la capacidad disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, otorgándole la facultad disciplinaria sobre los auxiliares de justicia.

Se prevé el control preferente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los procesos que se desarrollen en las seccionales en aquellos casos en que haya mora.

Para todo lo anterior, la Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría contarán con nuevos instrumentos para combatir la corrupción y adelantar los procesos de manera expedita. Por ejemplo, se creó el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.- Para combatir la corrupción en el sector privado, se crearon nuevos tipos penales, y se aumentaron las penas en varios de los delitos contra la administración pública. Quienes hayan sido condenados por delitos de corrupción no podrán acceder a beneficios penales. Quienes financien campañas políticas no podrán ser contratistas del Estado, por el periodo para el cual haya sido elegido el respectivo candidato. Durante un lapso de seis meses, el Presidente de la República estará facultado para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la administración pública.

El Presidente de la República podrá nombrar directamente a los responsables de las oficinas de control interno en las entidades nacionales. Se establecen medidas administrativas y penales para proteger los recursos del sector salud. En ese sentido, se crea un sistema de información para el reporte de eventos

sospechosos de corrupción y se establecen tipos penales severos, como la estafa sobre recursos del sector salud, la especulación y el agiotaje de medicamentos, la omisión de control en el sector y el peculado por aplicación diferente de recursos de la salud entre otros

Se adicionan las causales de cancelación de la inscripción de un contador público. Cuando actué en calidad de revisor fiscal, será causal no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis meses siguientes a su conocimiento. “En relación con actos de corrupción, no procederá el secreto profesional.

17. FUENTES INTERNACIONALES QUE VELAN PORQUE LOS ESTADOS PARTES MANTENGAN POLITICAS DE PREVENCION DE LA CORRUPCION

17.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante la ley 970 de 2005. Cada parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos según proceda.

Las comisiones del más alto nivel creadas para la lucha contra la corrupción, son típica expresión de la estrategia normativa frente al flagelo; por principio estos órganos deben ser desarrollo de la estrategia preventiva; sin embargo su propia conformación –altos funcionarios que por la amplitud de sus responsabilidades y competencias, actúan por medio de delegados-, se hacen inoperantes presentando muy pocos resultados concretos. Adicionalmente, por el flujo democrático del poder, los miembros cambian en forma casi permanente, razón por la cual la continuidad de políticas y visiones se torna insostenible aun a corto plazo. Todo lo anterior hace que la creación de este tipo de organismos – tal como aconteció en vigencia de similar norma contenida en la Ley 190 de 1995- adquieran únicamente valor simbólico, exclusiva manifestación de voluntad estatal

de lucha desde las más altas esferas contra este azote que parece, en nuestro medio terminal.

Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptara las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas para prevenir la corrupción. Estos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordarse.

1. La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas.
2. La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación.
3. La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos.

El problema de la corrupción Estatal Internacional concebida como un delito Transnacional, donde este crimen se ha organizado de tal manera que se valen de Estados que no presentan este fenómeno, para entrar de manera sigilosa sus capitales, producto de la comisión de conductas corruptas.

17.2 La Convención de Viena 1988; en Palma (Italia) en el año 2004 se convino como estrategia para los modos de corrupción transnacionales, la cooperación judicial entre países y la persecución más allá de fronteras nacionales, para la ubicación del responsable, la aplicación de la sanción penal y el bloqueo de capitales una vez ubicados los productos económicos para luego poder aplicar una extinción de dominio.

18. conclusión

Culminado el presente trabajo de grado, puedo concluir que no son las normas, y en particular el estatuto anticorrupción, el mecanismo que permite erradicar de

manera definitiva el fenómeno de la corrupción en la Administración Pública en Colombia, especialmente en la contratación estatal, pues como se observó, han sido un compendio de normas las que en los últimos años se han expedido, para combatir esta situación y con ninguna se ha logrado el resultado esperado.

Los gobiernos se han dedicado a llevar al congreso proyectos de leyes, que ante la ineficacia de los anteriores y en busca de una política de prevención general restringen derechos legalmente consagrados, aumentan penas y duplican términos de prescripción de la acción, retornando al peligrosismo y la fijación de penas como medida retributiva, para asegurar la eficacia en su aplicación; pero está probado que no es bajo esta política que se logra un resultado; que mientras no se tenga una verdadera política criminal, en caminata a establecer causas y dar respuestas a las mismas, y a fortalecer las instituciones que coadyuvan en este norte, como al sistema penal, no se tendrá un control a este fenómeno.

La expedición sucesiva de normas dirigidas a este fin, no han tenido la eficacia propuesta y un ejemplo de ello está que, no han transcurrido tres años de la promulgación de la Ley 1474 de 2011, cuando ya se expidió la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, en la cual se restablecen algunos derechos que el Estatuto había limitado, el artículo 28 devuelve instituciones como la Prisión Domiciliaria para quienes hayan cumplido el 50% de la pena impuesta. Sin eximir a los condenados por delitos contra la Administración Pública. Que significa lo anterior?, que un aumento de penas y restricción del derecho a la libertad en un país como el nuestro, donde no existe un sistema carcelario que garantice las funciones de la pena, donde el Estado no ha generado una verdadera política criminal, es ineficaz, porque?, primero, porque el aumento de penas, jamás ha sido garantía de usencia o disminución de criminalidad y la restricción del derecho a la libertad, solo ha generado que las cárceles se hacinen, como en la actualidad, en un 500%, hasta el punto de que sus moradores se inmolen, retrocediendo así a los Estados represores, donde se transgreden todos los derechos, sin que los Poderes Públicos, (ejecutivo, legislativo y judicial), los Órganos de Control, y en especial la Corte Veedora de nuestra Constitución, se pronuncien.

Igualmente se ha concluido que se requiere que todas las Instituciones Públicas, representadas en los Tres Poderes del estado, y los entes de Control, promuevan a su interior, que el acceso a ellas, se haga a través de concurso de méritos y así acceder al régimen de carrera administrativa, para brindar estabilidad y el derecho al debido proceso que tienen todos los servidores públicos. Igualmente que haya una capacitación permanente y se evalúen para lograr los ascensos por méritos. Política esta, que permite brindar un servicio eficaz y eficiente, blindado al soborno y/o a la corrupción.

La ley 906, creo un compendio avanzado de medios para la recolección de evidencias, ante la alta tecnificación y complejidad en que se desenvuelve actualmente la actividad estatal y sus operadores, y aun así podemos observar, que las únicas investigaciones que se han podido desarrollar, son en su mayoría como consecuencia de investigaciones del orden disciplinario o fiscal, en virtud a que las conductas desplegadas en vulneración de los tipos penales que conforman el capítulo cuarto del Título XV, en su mayoría no hay vinculación por flagrancia, la complejidad en el la consumación de esta conductas punibles no permiten que sus autores se han sorprendidos bajo esta modalidad, que ha sido el baluarte para la iniciación de las acciones penales en el nuevo sistema penal acusatorio, quedando entonces aquellas, en su mayoría, en la impunidad.

No existe en Colombia una política criminal encaminada a la prevención y erradicación de este fenómeno, pues si se entiende que política criminal, es un conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social; las respuestas que hasta ahora el Estado Colombiano ha adoptado para hacerle frente a la comisión de las conductas que afecten el bien jurídico de la administración pública, son las que ha articulado el legislador a través de la expedición de normas, que como hemos observado en este estudio han sido muchas, pero con poca efectividad, nuestro estado no ha contado con una verdadera política criminal, siempre ha encaminado esta problemática a ser resuelta por la legislación penal, plasmado en un texto de esta especialidad y

esperando que el operador efectivice la finalidad buscada por el redactor como elemento teleológico de la norma.⁴ El proceso de diseño de una política pública en materia criminal tendiente a establecer las causas y dar la respuesta efectiva a las mismas, debe ser propuesta por el Estado en el marco de instituciones de orden, educativo, de comunicación, investigativo; articulando de manera inteligible sus componentes, programando la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada, es decir con el apoyo del elemento – humano, económico, físico y tecnológico. Todo lo anterior tendiente a proteger el bien jurídico de la Administración Pública.

La estrategia represiva contra la corrupción (nuevos tipos penales de conductas consideradas atentatorias, aumento de penas, exclusión de beneficios procesales, etc.) no han sido eficaces para el control del fenómeno, se ha llegado a afirmar que la severidad en el tratamiento penal de las conductas atentatorias o lesivas de la administración pública, lo único que contribuye es al encarecimiento de la corrupción.

Se observa, que nuestros legisladores en la tarea de expedir normas anticorrupción, se han enfocado, dentro de la teoría del delito, a encontrar en la pena para combatir este flagelo, una retribución, porque no se ha buscado en su aplicación un fin socialmente útil, sino que si se aumenta, equilibra el daño, es decir, a más pena mayor retribución, para que la sociedad este conforme, igualmente y así lo estipularon en la motivación del Estatuto, el aumento de la sanción y restricción de derechos, es un mensaje de prevención general, para la cual la pena, no sería la retribución directa al daño causado por el autor, ni llega hacer influencia sobre él, lo que se busca, es que surta una alarma en la comunidad, que la imposición de la pena y su ejecución sin beneficios, además de ser legal, sea efectiva, así la sociedad al observar que se impone una sanción muy alta y se cumple, se abstendrá de orientar sus comportamientos en sentidos similares. El aumento de penas, la restricción de derechos, que se incluyó en el

⁴ Sentencia C-936/10 Mg. Humberto Sierra Porto.

Estatuto de Anticorrupción, busco alertar, en este caso al servidor público en general, para que se prevenga en la comisión de estas conductas.⁵

También se concluye que los medios y mecanismos de control que cada institución ha creado para controlar la corrupción en la contratación pública, no han sido suficientes y eficaces al momento de ejecutar estas acciones

Por otra parte se puede establecer que el aumento de penas y la restricción de derechos para quienes incurran en las conductas que contempla este estatuto, en nada contribuyen a la prevención y secuencia en la comisión de las mismas, pues durante la vigencia de esta norma hemos podido observar, que los índices de corrupción se mantienen y que los casos penalizados son mínimos. La lucha contra la corrupción debe realizarse de manera conjunta entre las entidades del Estado y la sociedad, finalidad para cuyo cumplimiento no es suficiente la intervención de los entes de control, sino que también es necesario contar con el Apoyo de organismos o comisiones que coordinen acciones unificadas, sistematicen información y elaboren informes generales de seguimiento al cumplimiento de las políticas formuladas.

En el Estatuto se hizo especial énfasis en dos entidades: la Comisión para la Moralización y la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, las cuales tuvieron su antecedente en la Ley 190 de 1995, pero que exigen ser revigorizadas bajo el entendido de que una contundente lucha contra la corrupción, solo es posible si hay una política de Estado con efectividad de derechos y con una activa participación de la sociedad..

Por ello, el Estatuto incorporó funciones y mecanismos concretos de intervención de estos organismos para que realicen acciones conjuntas tendientes a tener resultados inmediatos en acciones contra casos existentes y mediatos, de cara a la elaboración de políticas en materia de lucha contra la corrupción. Bajo este

⁵ Teoría del Delito de Claus Roxin, editorial Civitax.

contexto se creó la Comisión Nacional para la Moralización, la cual es presidida por el propio Presidente de la República, y la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, a través de ella, se buscó, hacer de esta lucha, una política de Estado con presencia de la sociedad civil, política, institucional y pedagógica, adoptando una serie de medidas, cuya finalidad es lograr una gestión pública más eficiente, bajo el entendido de que solo con una administración pública moderna y con control social, de cara a que toda la ciudadanía conozca el fin y la manera de la inversión pública.

Finalmente y para concretizar este fin, se deben establecer disposiciones pedagógicas que generen en el país una cultura permanente de la legalidad en todos los ámbitos de la sociedad: así es posible enfrentar la corrupción y su *modus operandi*.

En ese orden se puede alertar al legislador en el sentido que, el menguar derechos que constitucionalmente han sido reconocidos como el de la igualdad, y libertad, al someter a los actores a restricciones respecto a beneficios, que pares si tienen, refleja la ineficacia de un Estado, representado por quienes tienen la convicción que la represión intramuros es la mejor medicina, pero no hay una verdadera política criminal encaminada a la prevención en la comisión de estas conductas

19. Mi Aporte

Como estudiante de derecho penal y como operadora del mismo, a través del cargo que desempeño como Juez de la República, puedo señalar que la problemática de la corrupción ha encontrado su nido más fecundo en la Administración Pública a través de la Contratación Estatal, que se han perfilado

muchos modelos jurídicos tendientes a dar transparencia a este proceso, y ninguno ha sido suficiente para erradicar este fenómeno. Que la experiencia me ha enseñado, en estos 24 años de servicio al Estado, que la expedición de las innumerables normas, algunas en las que se suprimen instituciones jurídicas que atentan contra derechos Constitucionalmente amparados, que aumentan las penas y que amplían términos de prescripción, en nada han contribuido a disminuir y menos a erradicar esta cultura. Que se necesita una verdadera política criminal, precedida de un gobierno garantista y proteccionista en el campo de los derechos, con una política pública social que no margine la participación de sus coasociados y satisfaga de manera igualitaria todos sus derechos, donde confluyan muchas instituciones, encaminadas a este fin. Solo bajo esta perspectiva se podría pensar en la promulgación de un modelo jurídico que en su aplicación no atente contra derechos fundamentales como el de la igualdad y la libertad.

Alertar al legislador en el sentido que, el menguar derechos que constitucionalmente han sido reconocidos como el de la igualdad, al someter a los actores a restricciones respecto a beneficios que pares si tienen, refleja la ineficacia de un Estado representado por quienes tienen la convicción que la represión intramuros es la mejor medicina, pero no hay una verdadera política criminal que prevenga la comisión de estas conductas

Como propuesta jurídica penal, sugiero crear un Departamento Especial, en el que se maneje toda la Contratación Estatal, vigilada, además de los Entes de Control ya existentes, por Organismos Internacionales, a través de una política de cooperación internacional. Siguiendo modelos de estados, donde este fenómeno no ha podido permear en el bien público.

Pero para ello se necesita un Estado que garantice de manera eficiente y efectiva los derechos de segunda y tercera generación, es decir donde el habitante se sienta satisfecho, porque tanto sus derechos individuales como colectivos están totalmente cubiertos, donde el servidor público goza de estabilidad (a través de

una carrera administrativa), capacitación permanente y una equitativa retribución económica.

Lo anterior generaría que quien presta un servicio público, accedería por concurso y no estaría expuesto a despidos como consecuencia de situaciones diferentes a su incapacidad o deficiencia en el proceso de evaluación permanente, a brindar un servicio eficaz y a estar blindado a cualquier soborno.

20. BIBLIOGRAFIA.

- PABON, Parra Pedro Alfonso, Ley 1474 de 2011, Nuevo Estatuto Anticorrupción. Bogotá. Grupo Editorial LECCE, Julio de 2011

- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Delitos De Celebración Indebida de Contrato Estatal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de publicaciones 2.000
- MELENDEZ, Inocencio. Régimen Patrimonial de los Contratos Estatales y de los riesgos en el Derecho Contractual Colombiano.
- BECERRA SALAZAR, A.D. *Los riesgos en la contratación estatal, estimación, tipificación y asignación*, Editorial LEYER, Bogotá D.C., 2008
- DEL CASTILLO, E. La reforma a la contratación pública, interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, Bogotá D.C., 2008.
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR José Armando, Manual de Derecho Penal, Bogotá, Editorial LEYER 2007.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Derecho Penal, parte general Editorial TEMIS.
- CLAUS, Roxin, Teoría del Delito, editorial CIVITAS.
- AGUDELO BETANCOURT, Nodier, Lecciones de Derecho Penal, parte general, Editorial Universidad Externado de Colombia.
- GOMEZ MENDEZ, Alfonso, Delitos contra la Administración Publica, Editorial Universidad Externado de Colombia. Tomo I y II.
- GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando, Tratado de Derecho Penal, Editorial Doctrina y Ley.
- FERREIRA DELGADO, Francisco, Delitos Contra la Administración Pública, Editorial Temis.